

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymer **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÜNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henríque **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henríque **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PERÉZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Julio R. **COMADIRA**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES (Argentina)**, José Mario **SERRATE PAZ (Bolivia)**, Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO (Brasil)**, Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, Jaime **VIDAL PERDOMO (Colombia)**, Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ (Chile)**, Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO (Costa Rica)**, Joffre **CAMPANA**, Javier **ROBALINO ORELLANA (Ecuador)**, Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ (España)**, Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **GARCÍA LA GUARDIA (Guatemala)**, Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA (Honduras)**, Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADES (México)**, Carlos Alberto **VÁSQUEZ (Panamá)**, Luis Enrique **CHASE PLATE (Paraguay)**, Jorge **DANOS ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE (Perú)**, Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H. (República Dominicana)**, Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO (Uruguay)**

Revista de Derecho Público

Email: revistadederechopublico@blegal.com

Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39
Apartado N° 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: fejv@cantv.net

Pág. web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público
N° 1 (Enero/marzo 1980)
Caracas.Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley
Depósito Legal: pp 198002DF847
ISSN: 1317-2719

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12.5

Impresión litográfica: Anauco Ediciones
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la dirección de email de sus directores o a la Revista de Derecho Público: revistadederechopublico@bbllegal.com

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de un breve resumen.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Av. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Apartado 17.598, Caracas, 1015, Venezuela, Teléfono 762-25-53/762-38-42/ Fax: 763-52-39 o por librería virtual en la página web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a la Fundación Editorial Jurídica Venezolana a las direcciones antes indicadas.

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México.

ESTUDIOS

Artículos

- El “recurso” de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso*, por Luis Alfonso **HERRERA ORELLANA** 7
- El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*, por Jaime **RODRÍGUEZ-ARANA** 31
- Reflexiones críticas sobre el estado de justicia (El desvarío del estado socialista como único camino a la justicia en la propuesta de reforma constitucional de 2007)*, por Jesús María **ALVARADO ANDRADE** 43

Comentarios Monográficos

- Comentarios sobre las consecuencias jurídicas del rechazo por el pueblo soberano a la iniciativa de reforma constitucional del 2 de diciembre 2007*, por Nelson **SOCORRO** 57

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el primer trimestre de 2008*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR**..... 71

Comentarios Legislativos

<i>Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	85
<i>El derecho a la educación y el currículo nacional bolivariano</i> , por José Ignacio HERNÁNDEZ G.	89
<i>Apreciaciones sobre la aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control fiscal</i> , por Alejandro Enrique OTERO M.	95

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): primer trimestre de 2008</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianella VILLEGAS SALAZAR	113
---	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	245
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

El “recurso” de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso

Luis Alfonso Herrera Orellana*

Resumen *Se analiza críticamente el recurso de interpretación constitucional creado por la Sala Constitucional en su sentencia 1.077 de 22-09-00, desde la concepción del Derecho como argumentación y de la Ética del Discurso, y se denuncia la incompatibilidad de la figura con el Estado democrático de Derecho.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. RAZONES OFRECIDAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA CREAR EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN ABSTRACTA DE LA CONSTITUCIÓN
- III. COMENTARIOS CRÍTICOS DE LA DOCTRINA ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN ABSTRACTA DE LA CONSTITUCIÓN
- IV. INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN ABSTRACTA CON EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO SEGÚN LA TEORÍA DEL DISCURSO
- V. INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN ABSTRACTA CON LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela, desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se reconocía la posibilidad de que los particulares con interés en ello solicitaran al Máximo Tribunal de la República (bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, únicamente a la Sala Político-Administrativa), a través de un juicio no contencioso, la interpretación abstracta¹ de una o varias disposiciones contenidas en

* Abogado *summa cum laude* y Licenciado en Filosofía por la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de pregrado en la Universidad Católica Andrés Bello y de postgrado en la Universidad Central de Venezuela.

1 Siguiendo la segunda definición que la vigésima segunda edición del *Diccionario de la Lengua Española*, editado por la Real Academia Española, trae de la palabra abstracto, de acuerdo con la cual se califica de este modo a aquello “*que no pretende representar seres o cosas concretos y atiende solo a elementos de forma, color, estructura, proporción, etc.*”, se entiende en este trabajo por interpretación abstracta aquella interpretación argumentativa general que realiza el juez competente de un determinado enunciado normativo al resolver una solicitud autónoma de interpretación de dicho enunciado que no guarda relación alguna con un caso concreto ni tiene

leyes que, en forma expresa, autorizaran la presentación de semejante tipo de solicitudes, con la intención de aclarar el significado, sentido y alcance de la disposición que generaba dudas por su ambigüedad, oscuridad o exceso de abstracción.

Sin embargo, fue la vigente Constitución la que elevó al rango supralegal la interpretación abstracta de disposiciones legales, al incluir como una de las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia la de “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley”. De este modo, y sin reparar en la conveniencia o no de conservar en nuestro ordenamiento jurídico este extraño mecanismo jurisdiccional (por ejemplo, sin reflexionar si es útil y compatible con la autonomía de los jueces y con el derecho al debido proceso, mantener un procedimiento que –si no para qué– genera una decisión judicial con efectos *erga omnes*), se reforzó la vía de interpretación abstracta de la ley, pero sin incorporar ninguna disposición, expresa o indirecta, que atribuyera a la Sala Constitucional la posibilidad de conocer en vía abstracta de recursos de interpretación de disposiciones constitucionales contentivas de valores, de principios o de normas propiamente dichas.

Ahora bien, esa falta de previsión no fue obstáculo para que la Sala Constitucional, en una decisión (la 1.077, de 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León Briceño*) que ha merecido diversos comentarios críticos, la mayoría de ellos para rechazar su motivación, decidiera crear, básicamente con apoyo en el razonamiento *a fortiori*, una vía procesal directa y abstracta de interpretación de la Constitución, con la que esa Sala persigue realizar una serie de objetivos que, debe inferirse no podría cumplir a través de los otros mecanismos de control de constitucionalidad de los actos dictados en ejercicio del Poder Público, cuya sustanciación y decisión la Norma Fundamental de 1999 le encomienda.

Empero, dos asuntos de máxima importancia para la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho y del Estado de nuestro tiempo, fueron, a juicio de quien suscribe, ignorados completamente por la Sala Constitucional al momento de desarrollar su argumentación a favor de la interpretación abstracta de la Constitución. Tales asuntos son:

(1) Que desde el momento en que “norma” y “disposición” o “precepto” no coinciden², no existe una única interpretación posible de cada disposición legal o constitucional, y que reconocida como está la función del juez como creador de Derecho y de éste como una

por objeto el que la interpretación efectuada se aplique a hechos concretos, al ser su finalidad, por el contrario, el lograr un pronunciamiento judicial en el que se determine, en forma general, el sentido y alcance (esto es, la norma jurídica que deriva) del anunciado, precepto o disposición normativa cuya interpretación ha sido requerida, de cara a la aplicación de dicha interpretación a casos futuros.

- 2 Sobre esta distinción se ha señalado entre nosotros lo siguiente: “Hablamos de que se interpretan proposiciones, textos o enunciados para llegar a una idea que parece importante: dentro de esta visión podría resultar erróneo decir que se interpretan normas; las normas no se interpretan porque las normas son el resultado de la interpretación; cualquier texto jurídico va a permitir darle varios sentidos, cuando se escoge uno de esos sentidos, ese que se escoge es la norma que se va a aplicar; en otras palabras, si el texto permite varias respuestas, varias formas de ser comprendido, varios sentidos que se puede atribuirle, cada uno de esos sentidos es una norma diferente. Entonces no se está interpretando normas, se está interpretando textos y las normas son el resultado de los sentidos que se le atribuyen al texto la acción de la interpretación”. ZERPA, Levis Ignacio, “La interpretación judicial”, ZERPA, Levis Ignacio y DELGADO OCANDO, José M. (Coord.), *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, TSJ, Caracas 2002, p. 328.

técnica para la resolución de problemas prácticos³, es *arbitrario* que aquél carezca de autonomía para interpretar los preceptos legales y constitucionales en el sentido que, a su juicio, mejor promueva el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, con sujeción a lo alegado y probado en cada caso, y que en vez de quedar sujeta dicha interpretación a los mecanismos ordinarios y extraordinarios para la corrección de la misma, lo esté a una interpretación abstracta, única y definitiva de alguna disposición legal o constitucional.

(2) Que si bien es cierto que son más las razones que abonan a favor del mantenimiento de Tribunales o Salas Constitucionales como guardianes de la suprallegalidad de la Constitución y, en especial, de los derechos y garantías que ella reconoce, no obstante el déficit democrático de estos órganos, es el caso que dichas razones despliegan todo su valor frente a los ciudadanos y demás instituciones estatales en la medida que esos Tribunales o Salas observan auto-limitación (*self restraint*)⁴ en el ejercicio de sus competencias, manteniéndose dentro de los límites expresos que les fija tanto el constituyente como el legislador, y ejerce sus atribuciones con absoluto respeto al principio de división en ramas del Poder Público, en particular, a la función del legislador como primer y natural intérprete de la Constitución -en cuanto a normación legal se refiere- en el marco del Estado *democrático* de Derecho.

En atención a lo antes expuesto, propósito del presente trabajo es, en primer lugar, identificar cuáles fueron los argumentos empleados por la Sala Constitucional para “justificar”, no obstante el silencio del constituyente de 1999, la creación de un recurso de interpretación abstracta de la Constitución, contenidos todos ellos (pues no son de nuestro interés los “dúctiles” aspectos procesales de este mecanismo) en la sentencia N° 1.077, de 22 de septiembre de 2000; y en segundo lugar, exponer cuáles son los argumentos críticos que especialistas en Derecho Constitucional y juristas en general, han formulado, para rechazar o suscribir, la argumentación construida por la Sala Constitucional para fundamentar la vía de la interpretación abstracta de la Constitución; para luego, en tercer lugar, señalar en qué medida, tanto la interpretación abstracta de leyes como, *a fortiori*, la interpretación *abstracta* de la Constitución, son contrarias a la concepción del Derecho como argumentación que han desarrollado autores como Manuel Atienza; y, en cuarto lugar, dejar constancia de algo más grave aún: de cómo la interpretación abstracta de la Constitución es una atribución que atenta gravemente contra el Estado democrático de Derecho, según la comprensión que de éste tiene la Ética del Discurso desarrollada por Jürge Habermas.

3 “Lo que aquí me interesa destacar es la posibilidad de un cuarto enfoque que consiste en considerar al Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados prácticos. Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas [enfoques estructural-normativo, realista-sociológico y valorativo-iusnaturalista] y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación”. ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997, p. 23.

4 Si bien un principio de difícil operatividad (al depender su observancia de la voluntad del mismo órgano al que pretende limitar), no por ello inútil de tener presente: “El self-restraint podría traducirse hoy como la prudencia –que sería deseable en todos los órganos constitucionales y no sólo en el Tribunal Constitucional- para no adoptar decisiones arriesgadas, o como una regla sociológica que impulsa a los Tribunales Constitucionales a llegar sólo hasta el punto en que su decisión será políticamente admisible”. AJA, Eliseo, y GONZÁLEZ B., Markus, “Conclusiones generales”, en AJA, Eliseo (Ed.) *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Editorial Ariel, Barcelona 1998, p. 288.

II. DE LAS RAZONES OFRECIDAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL PARA CREAR EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN ABSTRACTA DE LA CONSTITUCIÓN

En la sentencia antes identificada, de 22 de septiembre de 2000, la Sala Constitucional apeló a unas pocas razones justificativas en comparación con las razones explicativas de las que hizo uso⁵, para fundamentar su –muy cuestionable- conclusión: la posibilidad, y hasta necesidad según la referida sentencia, de reconocer la existencia en el Derecho venezolano de un recurso autónomo de interpretación abstracta de los preceptos normativos que integran la Constitución de 1999, tal y como ésta –en forma expresa- reconoce la existencia de un recurso autónomo de interpretación abstracta de los preceptos o enunciados normativos contenidos en las leyes.

Para llegar a dicha conclusión la Sala partió, como suele hacerlo, de una pregunta retórica que en buena medida adelanta o anuncia su respuesta: “¿es posible que una persona solicite del Tribunal competente para ello la interpretación de la Constitución?”, indicando de inmediato que, para responder a ello, era menester analizar si existía en el ordenamiento jurídico acción en ese sentido. Indicó la Sala que tal acción no está prevista en el ordenamiento, pero “tampoco prohibida”, ya que “lo que la Constitución contempla es una acción para que se interprete la ley, acción que el numeral 6 del artículo 266 de la vigente Constitución llama recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley”.

Acto seguido, la Sala sostuvo que el interés jurídico requerido para ejercer la acción de interpretación de la ley es diferente al interés procesal requerido para poner en práctica la garantía jurisdiccional, pues aquél “se trata de un interés jurídico, que no persigue la obtención de un bien que constituye el núcleo del derecho subjetivo, sino otro tipo de bien, en este caso el que se fije el contenido o alcance de un texto legal”, lo que abonaría a favor del reconocimiento de una acción autónoma de interpretación de la Constitución, pues “en la acción de interpretación constitucional, se está en presencia de un interés legítimo destinado a obtener certeza sobre el sentido y alcance de una disposición constitucional”.

A partir de lo anterior, retomó la Sala su hallazgo de la inexistencia de una prohibición expresa en el ordenamiento jurídico respecto de la interpretación autónoma y abstracta de la Constitución, al señalar que “para acceder a la justicia, se requiere que el accionante tenga interés jurídico y que su pretensión esté fundada en derecho y por tanto no se encuentre prohibida por la ley, o no sea contraria a derecho. No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las

5 Respecto de la distinción entre explicaciones y justificaciones, téngase en cuenta lo siguiente: “...el Derecho puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos. Pero decidir, hemos visto, no es argumentar; los razonamientos, los argumentos, no son las decisiones, sino las razones –o cierto tipo de razones- que pueden darse a favor de las decisiones. Ahora bien, en relación con las decisiones como en general con las acciones humanas, pueden distinguirse, básicamente, dos tipos de razones: explicativas y justificativas. Las primeras tratan de dar cuenta de por qué se tomó una determinada decisión –cuál fue la causa que la motivó-, y de para qué –qué finalidad perseguía: a diferencia de los hechos naturales, las acciones humanas, las acciones intencionales como ‘decidir’, presuponen fines. Las segundas, las razones justificativas, están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta. Si se entiende por razonamiento práctico no simplemente un argumento referido a acciones humanas, sino un argumento dirigido a establecer cómo alguien debe comportarse, entonces razonamiento práctico y razonamiento justificativo vienen a coincidir”. ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, op. cit., pp. 31 y 32.

prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas”.

Al mismo tiempo, ensayando más una explicación coadyuvante que una justificación de la conclusión a la que arribaría luego, señaló que “cuando se interpreta el contenido y alcance de un texto legal, el juzgador no declara derecho alguno a favor del actor, sino que, si declara con lugar la demanda, interpreta el derecho. En este último caso debe existir un interés jurídico del actor de obtener la mera declaración, no en el sentido tradicional para oponérsela a alguien (demandado), sino en el sentido que el contenido y alcance del derecho existente sea precisado, lo que es una forma de actualizar las normas constitucionales, si esa fuera la interpretación solicitada”, con lo cual, de alguna manera, sale al paso a posibles críticas a los efectos constitutivos o de prejuzgamiento que podrían hacerse al fallo de mera interpretación, ya que aclara que “quien solicita el llamado recurso de interpretación de ley, propone una demanda mero declarativa”, cuya respuesta, se adelanta desde ya, si bien no produce cosa juzgada (al no resolver una controversia concreta) si define de forma definitiva la interpretación que se dará al Derecho aplicable (premisa mayor) a una eventual controversia relacionada con la interpretación que respondió a la demanda mero-declarativa.

Otra premisa de la cual partió la Sala en su interés por justificar la interpretación abstracta de la Constitución mediante acción autónoma, es la existencia en el país de la llamada acción popular de inconstitucionalidad de normas y demás actos de rango legal, a la que, curiosamente, se la considera un mecanismo de *participación ciudadana*: “existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley”, pues de inmediato relaciona esa figura, propia del control represivo de constitucionalidad, con la interpretación abstracta de la Constitución y el interés simple que se requeriría para solicitar esta última, la cual pasaría a ser, en algunos casos, un paso previo al ejercicio de una acción de inconstitucionalidad: “la finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la participación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva”.

Más adelante, sobre esta misma idea, la Sala afirmó, a partir de una relación para nada clara entre interpretación abstracta de la ley e interpretación abstracta de la Constitución, que “así como existe un recurso de interpretación de la ley, debe existir también un recurso de interpretación de la Constitución, como parte de la democracia participativa, destinado a mantener la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 335 de la vigente Constitución), por impulso de los ciudadanos. El proceso democrático tiene que ser abierto y permitir la interacción de los ciudadanos y el Estado, siendo este ‘recurso’ una fuente para las sentencias interpretativas, que dada la letra del artículo 335 *eiusdem*, tienen valor *erga omnes*”. Es decir, que para la Sala Constitucional la interpretación abstracta de la Constitución es, al mismo tiempo, consecuencia de la democracia participativa (lo que implica que frente a la jurisdicción se ejercen derechos políticos y no sólo el derecho de acción), y del carácter vinculante de las interpretaciones que ella puede hacer de la Constitución, de acuerdo con el artículo 335 *eiusdem*⁶, siendo realmente heterodoxo que un

6 En el texto de la sentencia se consiguen, cada cierto número de párrafos, nuevas referencias al

tribunal considere que el Poder Judicial es una instancia de interacción política entre el Estado y los ciudadanos, junto con el Ejecutivo y el Legislativo.

Dejando de lado lo antes indicado, la Sala retornó al paralelismo establecido en forma previa entre la interpretación abstracta de la ley y la interpretación abstracta de la Constitución, para afirmar que esta última “no sería diferente a la de interpretación de ley, contemplada no sólo en la vigente Constitución, sino en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (numeral 24 del artículo 42), aunque ésta última no resulte exacta a la prevenida en el Texto Constitucional”, ya que “el artículo 266, Numeral 6 de la nueva Carta, establece que es competencia del Tribunal Supremo de Justicia ‘conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley”, lo cual, “en opinión de la Sala (...) implica la competencia en materia de interpretación de textos legales, con carácter general, sin restricción a los casos expresamente autorizados por el Legislador, sino en las condiciones, circunstancias y requisitos formales y de fondo que determine la ley que regulará la actividad del máximo Tribunal de Justicia”. En adición a lo anterior, aclaró la Sala que “el Tribunal Supremo de Justicia podrá establecer requisitos y/o restricciones para el ejercicio del mismo, mientras la Asamblea Nacional dicte la Ley Orgánica que regule esta atribución, y así se declara”, cual si de un órgano legislativo representante del cuerpo electoral se tratase para dictar preceptos legales.

Como era de esperarse, la Sala apeló a su manera también a la teoría del poder constituyente para añadir otra premisa a su razonamiento a favor de la interpretación abstracta de la Constitución. En efecto, luego de sostener elegantemente respecto de su propio criterio que éste “no es sólo jurídicamente válido, sino además necesario”, indicó que debía tomarse en cuenta que “la Constitución de 1961 fue aprobada por el Congreso de la República (Poder Constituido), el cual no desapareció después de su sanción y era posible que se realizara una interpretación auténtica del texto fundamental por parte de su creador” (lo que también es curioso, porque durante la vigencia de la Constitución de 1961 el Congreso no tenía competencia alguna de intérprete auténtico de la Constitución), mientras que “en el caso de la Constitución de 1999, ésta fue aprobada por el Poder Constituyente, cuyo órgano cesó en sus funciones al cumplir su cometido. Esta interpretación auténtica no es, pues, posible y sabemos que la ‘Exposición de Motivos’ no aclara la mayoría de sus novedosos preceptos. En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la “uniforme interpretación y aplicación” de la Constitución,

supuesto vínculo entre el recurso de interpretación abstracta de la Constitución y la democracia participativa. Ejemplo de ello es la siguiente aseveración: “...dentro de una democracia participativa, como lo expresa el Preámbulo de la Constitución de 1999, la defensa de la Constitución, en un Estado entre cuyos valores está la responsabilidad social (artículo 2 de la vigente Constitución), el acceso al órgano jurisdiccional competente para que interprete el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, no puede estar supeditado a que una ley limite el recurso de interpretación sólo a determinados casos. Para lograr una democracia participativa, solo así, con amplitud de acceso para que las normas y principios constitucionales sean interpretados, es que se concretiza no solo la participación, sino la efectiva vigencia de la Constitución. En consecuencia, no requieren los ciudadanos de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo, y así se declara”. Es claro, pues, que para la Sala Constitucional los ciudadanos ejercen sus derechos políticos –lo cual es distinto a reclamar la tutela judicial de sus derechos políticos- no sólo ante el Poder Legislativo, ante el Poder Ejecutivo y ante Poder Electoral, sino también ante el Poder Judicial, desde que esa Sala es parte de esta rama del Poder Público. Toda una novedad para la teoría de la democracia y del Estado de Derecho, que como luego se verá, resulta inconstitucional y opuesta tanto a aquélla como a éste.

particularmente en estos inicios del nuevo régimen político en los cuales no existe una legislación conforme con el texto fundamental”⁷.

Sin ofrecer razones adicionales a las expuestas para defender la existencia del recurso de interpretación abstracto de la Constitución -ya que el resto de la sentencia se centra en aspectos teóricos de tipo explicativo y no justificativo- la Sala Constitucional concluye señalando “que cualquiera con interés jurídico actual puede solicitar la interpretación de la ley conforme a las previsiones legales, y también la interpretación de la Constitución, para así obtener una sentencia de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales; acción que sería de igual naturaleza que la de interpretación de la ley”.

Algunas de esas explicaciones, sin embargo, requieren ser consideradas en este trabajo. Una de ellas, alude a la función del recurso de interpretación abstracta de la Constitución: “con el recurso de interpretación no se trata de dirimir controversias de ninguna clase (...) Se trata exclusivamente de *esclarecer o complementar la función del Estado y de sus distintos poderes*, a fin que la función pública se lleve a cabo adaptada a la Constitución; así como *delimitar* en relación con la situación en que se encuentra el accionante, *los derechos humanos a que tiene derecho*, como una tuición preventiva, ajena al amparo, ya que puede tener lugar sin que medie amenaza alguna”. Es decir, que la vía es idónea para es-clarecer y complementar la función del Estado (¿de la Asamblea Nacional Constituyente y de la Asamblea Nacional?) y delimitar -nada más y nada menos- que el ejercicio de los derechos humanos, no obstante lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, no siendo, a juicio de la Sala Constitucional obstáculo alguno el que “entre las atribuciones de Tribunales o Salas Constitucionales de otros países no exista un recurso autónomo de interpretación constitucional, y que las ‘*sentence interpretative di riggeto*’ en Italia, genere problemas”. Así, sin más, resuelve la Sala la falta de Derecho Comparado a favor de su ‘caribeña’ invención.

Otra explicación relevante, es la relativa a los supuestos en que ha de proceder la interpretación abstracta de la Constitución. Es el caso que, luego de aclarar, de forma por demás eufemística, que el recurso de interpretación no puede propender a “desnaturalizar” la actividad de juzgamiento, la Sala estableció que ella sólo podría interpretar la Constitución de manera vinculante, a través del recurso de interpretación abstracta, en los casos que se indican a continuación: 1) cuando exista un “choque” entre normas y principios constitucionales; 2) cuando la Constitución (i) remita como principios que la rigen a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; (ii) cuando ella se refiera a derechos humanos que no aparecen en su texto; o (iii) a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria; 3) cuando exista un “choque”, absoluto o a-

7 Esta aspiración constituyente de la Sala, por demás ilegítima, fue delineada por su 1^{er} Presidente, Iván Rincón Urdaneta, en los siguientes términos: “Estamos en presencia, sin más, de la interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, a la que consistentemente ha venido haciendo referencia la Sala en varios de sus fallos, cuando ha decidido que a ella corresponde la potestad de fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales...” RINCÓN URDANETA, Iván, Palabras de Instalación, en AA/VV, XXVII Jornadas J.M. Domínguez Escovar. *Orientaciones Jurisprudenciales del TSJ*, Barquisimeto 2002, p. X.

8 “Artículo 30. **Alcance de las restricciones.** Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino con-forme a **leves** que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Consultado en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos2.htm>, el 13 de septiembre de 2007.

parente, entre dos o más normas constitucionales; 4) cuando sea necesario aclarar la constitucionalidad de las normas dictadas por organismos multiestatales creadas por Tratados y Convenios Internacionales de los que la República es parte; 5) cuando sea necesario establecer los mecanismos procesales que permitan cumplir con las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos; 6) cuando algún régimen legal transitorio deja al descubierto jurídico algunas áreas, o cuando normas de algún régimen legal transitorio parecen sobreponerse a la Constitución, “creándose así ‘huecos legales’ a nivel constitucional; 7) cuando es necesario aclarar la plena e inmediata aplicación de normas constitucionales que no choquen con el régimen transitorio de la propia Constitución; 8) cuando la aparente ambigüedad de alguna norma constitucional la haga inoperante y se precise su interpretación conforme a los principios constitucionales, para aplicarla; y 9) cuando se planteen contradicciones entre el texto constitucional y las facultades del constituyente o entre aquél y la normativa que rigió las funciones de éste.

Como cierre de su razonamiento explicativo, la Sala Constitucional expresó su clara simpatía hacia una teoría sumamente cuestionada respecto de la vigencia y operatividad de los Textos Constitucionales, a saber, la teoría de la Constitución viviente⁹. Sostuvo esa Sala, que “ante la necesidad de una Constitución viva, lo natural es que ella esté activa, sin necesidad de esperar que el azar, producto de juicios en curso, traiga a la Sala el problema a resolver. Es esta otra causa de justificación para la existencia del recurso autónomo de interpretación constitucional”.

III. COMENTARIOS CRÍTICOS DE LA DOCTRINA ACERCA DEL RECURSO DE INTERPRETACIÓN ABSTRACTA DE LA CONSTITUCIÓN CREADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Numerosos comentarios, tanto de autores nacionales como de extranjeros, ha merecido la creación por parte de la Sala Constitucional del inédito recurso de interpretación abstracta de la Constitución, algunos –los menos- manifestando su apoyo explícito o al menos su voto de confianza a la figura, y otros –los más- expresando su rechazo decidido o sus severas reservas a esta vía directa y abstracta de interpretación con carácter *erga omnes* de la Norma Fundamental.

En el primer grupo, figura en lugar destacado Hildegard Rondón de Sansó, quien, de acuerdo con la investigación realizada, es la única autora que se muestra por completo a fa-

9 Sobre esta teoría se ha señalado: “...la idea de ‘Constitución viviente’ pretende romper con el textualismo y originalismo del texto de la Constitución. Desde esta perspectiva la Constitución pasa a ser un instrumento vivo, orgánico y cambiante (...) Ahora bien, si la tendencia es a interpretar la Constitución tomando en cuenta la voluntad e intenciones de todos aquellos que integran la ‘generación de hoy’ –y que pareciera ser la tendencia de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, especialmente la dictada a través de su Sala Constitucional-, creemos que la misma pudiera ser cuestionable. En efecto, la tesis de la ‘Constitución viviente’ puede crear -y está creando en el caso de nuestro sistema- un estado de incertidumbre o de inseguridad jurídica, dado que las interpretaciones constitucionales estarían fundadas en los deseos del gobierno y de la sociedad, lo que traería consigo un proceso de cambios constante e interminable. Es decir, que de acuerdo con las variaciones en los humores del gobierno o de la sociedad, cambiaría entonces el contenido de la Constitución”. PELLEGRINO PACERA, Cosimina, “La interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ¿Existe un recurso autónomo de interpretación constitucional? (A raíz de la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2000)”, en AA/VV, *Temas sobre la Constitución de 1999. Libro Homenaje a Enrique Tejera París*. Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas 2001, pp. 303 y 304.

vor de la interpretación abstracta de la Constitución, sin ofrecer lamentablemente mayores alegatos para sustentar esa posición, ya que ella misma califica a su exposición de descriptiva y no doctrinaria. Sostuvo la mencionada autora que “el presente estudio, tal y como su nombre lo señala, está constituido por un examen de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, través de las cuales se gestara el recurso autónomo de interpretación constitucional. No se trata en consecuencia de una exposición doctrinaria sobre la materia, sino de un análisis de los fallos a fin de determinar en ellos los argumentos expuestos por el juzgador para establecer ante todo, la existencia de este nuevo recurso y para delinear de inmediato sus rasgos esenciales (...) Si superamos una serie de moles mentales que nos han servido para encasillar las instituciones jurídicas, podemos reconocer que a través de este recurso se está ofreciendo una enriquecedora manera de encontrar la justicia verdadera dentro del derecho, que es el verdadero fin de todo el sistema judicial”¹⁰.

Igualmente, puede ubicarse en este grupo de autores que no rechaza abiertamente el recurso de interpretación abstracta de la Constitución a Jesús María Casal, pues éste, si bien manifiesta su aprobación a la –más aparente que real- tendencia de la Sala Constitucional a limitar la procedencia de dicho recurso, especialmente en aquellos casos en los que se pide el pronunciamiento a propósito de una omisión legislativa (en obsequio, se supone, de la reserva legal y el principio democrático), y sus reservas a que esa Sala fije de manera general y abstracta interpretaciones vinculantes de normas constitucionales, no conectadas en forma directa con el caso concreto planteado, no cuestiona, sin embargo, la afirmación hecha por la Sala Constitucional en torno a su presunta potestad de dictar “una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto constitucional”, y, luego de reconocer la deducibilidad del recurso de interpretación abstracta del artículo 335 de la Constitución, parece aceptar el que a través de éste se ejerzan “facultades interpretativas” para fijar “el contenido constitucional del derecho o precepto vinculado a una reserva legal”¹¹.

Los restantes autores que serán mencionados, rechazan todos, con mayor o menor intensidad, la creación por parte de la Sala Constitucional del recurso de interpretación abstracta de la Constitución. Quizá el primero de los autores nacionales en formular reservas y cuestionamientos al mencionado recurso fue José Vicente Haro, quien, junto con otros argumentos que aparecerán en comentarios críticos posteriores al suyo, expresó lo que se señala a continuación: “Ahora bien, las competencias de la Sala Constitucional en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia en que se ha constituido Venezuela a partir de la Constitución de 1999, tienen un objetivo y un denominador común, cual es, la constitucionalidad de la actuación de todos los órganos que ejercen el Poder Público como garantía de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución (...) Pero ese control en manos de la Sala Constitucional significa, fundamentalmente, que ella interviene

10 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en materia del recurso autónomo de interpretación constitucional”, en AA/VV, *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart y Núñez, Caracas 2003, p. 686. Cabe reseñar puramente el artículo de DELGADO ROSALES, Arcadio, “El recurso de interpretación en la Constitución de 1999”, publicado en la *Revista de Derecho N° 2*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2000, pp. 243 y ss., en el que, para defender la “necesidad” del recurso examinado, sólo se refrendan algunos de los argumentos dados por la propia Sala Constitucional en su sentencia 1077/2000. Por ello, no se justifica una exposición detenida de este trabajo.

11 CASAL H., Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, 2^{da} edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2004, p. 233.

en tanto y en cuanto un acto u omisión de cualesquiera de los órganos que ejercen el Poder Público justifique esa intervención, y siempre que haya mediado una solicitud, acción o recurso formulado por cualquier persona, o por quien posea legitimidad para ello, según el caso [el autor señala como única excepción a esto último, el control de oficio de la constitucionalidad de los Decretos de Estados de Excepción dictados por el Presidente de la República (...)] No le corresponde a la Sala Constitucional asumir, aún oponiendo su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución, las competencias que atribuye la propia Constitución a otros órganos del Poder Público. No puede, por ejemplo, legislar o dirigir la acción del Gobierno, dado que estaría usurpando funciones de otros órganos constitucionales”¹².

Cierra el autor afirmando que “en la sent. 1077 de la Sala Constitucional encontramos un claro ejemplo de lo que dicho órgano no puede hacer constitucionalmente. En esa sentencia la Sala se atribuye el carácter de primer intérprete de la Constitución, al arrogarse la potestad de establecer interpretaciones in abstracto de la Constitución, entre otros objetivos, para legislar y controlar la constitucionalidad del propio Texto Fundamental. De esta manera, la Sala Constitucional ha pasado de órgano de control a órgano de acción o dirección, de Poder Judicial a Poder Legislativo, de Poder Constituido a Poder Constituyente”¹³.

Cosimina Pellegrino, por su parte, expresó sus reservas a dicho recurso, en los términos siguientes: “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y último intérprete de la Constitución, pero no es técnicamente el primero ni el único. El primer intérprete de la Constitución es el legislador, es decir, la Asamblea Nacional. Esa elevada función corresponde, en efecto, a la Asamblea Nacional en ejercicio de su atribución de legislar. Es la ley, el primer acto de aplicación del Texto Fundamental. Por ello, el constituyente le ha encomendado a la Asamblea Nacional la tarea de desarrollar, mediante leyes, las normas y principios consagrados en la Constitución (...) La Sala Constitucional, al crear el recurso de interpretación de normas constitucionales, asume una función que es propia y privativa del órgano legislativo: la legislación (...) queremos advertir que las interpretaciones que la Sala Constitucional realice por medio del ejercicio de este recurso puede originar una gran incertidumbre, dado que nuestro Texto Fundamental podría pasar a ser una Constitución flexible, sometida a cambios constantes: una Constitución plástica”¹⁴.

En similar sentido se pronunció Rubén Laguna Navas, quien sostuvo con relación al recurso de interpretación abstracta de la Constitución examinado en este trabajo lo siguiente: “Con relación a este particular recurso, opinamos que no existe en la Constitución y me-nos aún en la legislación actual, un fundamento jurídico expreso que confiera a la Sala Constitucional esta facultad de actuar como un verdadero y propio poder cuasiauténtico o paraconstituyente, que llene de contenido las lagunas o dudas que entrañan las normas constitucionales mediante sus interpretaciones. En efecto, no existe una norma atributiva de competencia para conocer específicamente sobre el recurso de interpretación constitucional, como sí ocurre en el caso de la interpretación de ley (...) De modo que, a nuestro juicio, resulta cuestionable el origen de este recurso, ya que no parece suficiente extraer su fisonomía como medio judicial del artículo 335 del Texto Fundamental, bajo el argumento

12 HARO G., José Vicente, “La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional N° 2*, Enero-Junio 2000. Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 455 y 456.

13 *Ibidem*, p. 456.

14 PELLEGRINO PACERA, Cosimina, “La interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia...”, *op. cit.*, pp. 328 y 329.

que la Sala Constitucional es la máxima y última intérprete de la Constitución, por cuanto ello, en principio, debería ser entendido como un poder capaz de ser aplicado sólo en el contexto de las expresas competencias que la Constitución le asigna a la Sala Constitucional, y no como el fundamento de un medio judicial inexistente, al menos en la letra de la Ley Fundamental”¹⁵.

Concluye el mencionado autor, señalando que “en este sentido, cabe recordar igualmente que las competencias, al ser excepcionales, deben ser interpretadas en forma restringida, lo cual no pareció aplicarse al momento de configurar este medio procesal por la jurisprudencia de la Sala. En este orden, consideramos que el propósito de este recurso puede ser satisfecho con las facultades propias de la Sala, que le permiten, a través de los medios ya existentes, desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales”¹⁶.

También Allan R. Brewer-Carías ha expresado argumentos de rechazo a la creación por parte de la Sala Constitucional del recurso de interpretación abstracta de la Constitución, en los términos que se citan de seguidas: “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, lejos de haber actuado en el marco de las atribuciones expresas constitucionales antes indicadas, ha venido efectuando una inconstitucional interpretación constitucional mediante la cual ha venido asumiendo y se ha auto-atribuido competencias (...) la primera de las interpretaciones inconstitucionales efectuadas por la Sala Constitucional sobre sus competencias fue la de haber ‘creado’ una acción autónoma de interpretación de la Constitución, sin fundamento constitucional alguno (...) a pesar de que el ordenamiento constitucional y legal venezolano sólo regulaba y regula el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional ha creado jurisprudencialmente su propia competencia para conocer de recursos abstractos y autónomos de interpretación de la Constitución, mediante una inconstitucional interpretación que le ha dado al artículo 335 de la Constitución, que atribuye a todo el Tribunal Supremo y no sólo a la Sala Constitucional, el carácter de ser el máximo y último intérprete de la Constitución”¹⁷.

A juicio del citado autor, “estamos en presencia de una ampliación de competencias propias que se ha arrogado la Sala Constitucional, mediante una inconstitucional interpretación de la Constitución, que no establece la posibilidad de este recurso autónomo y abstracto de interpretación de las normas constitucionales. Por lo demás, nada similar existe en los sistemas de justicia constitucional conocidos”¹⁸.

Para cerrar esta apretada exposición de los comentarios críticos al recurso abstracto de interpretación de la Constitución creado por la Sala Constitucional, se presentan a continuación los argumentos expuestos por la autora española Ángela Figueruelo en contra de la creación de este medio judicial, quien acertadamente efectúa un análisis crítico que desborda los estrechos límites del análisis jurídico. “En la búsqueda de fundamentos que justifiquen el ejercicio de una función que le es impropia, el mejor argumento que se le ocurre a la Sala Constitucional es operar ‘*per saltum*’ y entender que al igual que existe un recurso de interpretación de leyes en el art. 266 de la Constitución Bolivariana también ‘debería’ existir

15 LAGUNA NAVAS, Rubén, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su Rol como Máxima y Última Intérprete de la Constitución*. Caracas Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 195.

16 *Ibidem*, p. 195.

17 BREWER-CARÍAS, Allan R., “Quis custodiet ipsos custodes: de la interpretación constitucional a la in-constitucionalidad de la interpretación”, en *Revista de Derecho Público N° 105*, Enero-Marzo 2006, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 10 y 11.

18 *Ibidem*, p. 13.

un recurso de interpretación de la Constitución (...) de este modo la forma de actuación de este órgano no se ha adaptado para nada a las prescripciones constitucionales, puesto que, haciendo caso omiso de que sus competencias está tasadas (art. 336 de la Constitución vigente) ha 'creado' una nueva función que no existía y ha invadido la esfera del poder legislativo que es a quien le corresponde en primer lugar interpretar y desarrollar la Constitución"¹⁹.

Prosigue la autora advirtiendo respecto de graves asuntos como los siguientes: "El problema es más serio de lo que puede aparentar porque nos remonta a los orígenes de la justicia Constitucional en Europa, en el primer tercio del siglo XX, donde en medio de la polémica sustentada entre KELSEN y SCHMITT siempre se terminaba debatiendo sobre el tema ¿quién controla al controlador? (...) Por ello, se ha insistido tanto en el 'self-restraint' del órgano titular del control de constitucionalidad. Autolimitación que por otra parte tampoco puede tener ninguna sanción jurídica organizada porque, en este caso, la Sala Constitucional, es la última instancia (...) De lo contrario, si la Sala siguiese en sus funciones ejerciendo competencias 'políticas' como es la interpretación 'in abstracto' de la norma constitucional sólo queda, en pro de un funcionamiento correcto del sistema desde el punto de vista jurídico, la actuación del poder constituyente originario, al cual la Sala Constitucional no puede controlar. Si el pueblo, como titular del poder constituyente entendiéndose que la Sala ha llegado a conclusiones inaceptables, puede poner en marcha el poder de revisión constitucional y definir la naturaleza y funciones de la Sala..."²⁰.

Culmina Figueruelo con el siguiente planteamiento: "...este órgano [la Sala Constitucional] no debe modificar la distribución de las funciones a través de los métodos y resultados de dicha interpretación. Esto se aplica especialmente a las relaciones entre el legislador y el órgano encargado de ser el último intérprete de la Constitución (...) puesto que, a la Sala Constitucional sólo le corresponde frente al legislador una función de control y le está prohibida una interpretación que conlleva a restringir la libertad del legislador más allá de los límites establecidos por la propia Constitución o, incluso, como ha sucedido en esta sentencia [de 22-09-00, caso: *S.T. León*] a una conformación llevada a cabo por la propia Sala Constitucional (...) La interpretación puede originar un cambio constitucional pero, lo que está excluido es la desviación del texto en un caso concreto (quebrantamiento constitucional) y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación. En aquellos casos en los que el intérprete se impone a la Constitución (como ha hecho la Sala Constitucional en la Sent. 1077) deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla"²¹.

IV. INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN ABSTRACTA CON LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

De acuerdo con Manuel Atienza, toda argumentación, incluida la argumentación jurídica, presenta al menos cuatro rasgos en común: (i) argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje, por ejemplo, al lenguaje natural, en el que éste no es usado simplemente como un medio para comunicar algo, sino que es empleado de una cierta manera: "dando razones (que por supuesto, pueden hacer referencia al mundo, a hechos) a favor o en contra

19 FIGUERUELO, Ángela, "Consideraciones en torno al recurso de interpretación constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional N° 4*, Enero-Julio 2001. Editorial Sherwood, Caracas 2001, p. 269.

20 *Ibidem*, p. 272.

21 *Ibidem*, p. 274.

de una determinada tesis”²²; y (ii) argumentar presupone siempre un problema, una cuestión, donde “el problema es lo que suscita la necesidad de argumentar, de enrolarse en una actividad lingüística dirigida precisamente a encontrar, proponer, justificar... una solución, una respuesta al mismo. Esas cuestiones (...) pueden ser de índole, muy variada: teórica o práctica, real o hipotética, concreta o abstracta...”²³

También (iii) argumentar puede entenderse “como un proceso, como una actividad (la actividad de argumentar) y como el producto o el resultado de la misma (los enunciados o las preferencias en que consiste o en que se traduce la argumentación: los argumentos)”²⁴, donde la primera óptica supone entenderla como una actividad “que ocurre entre un término *a quo*, el problema, y un término *ad quem*”²⁵, la solución, mientras que la segunda implica entenderla como “el conjunto de los enunciados en los que cabe distinguir siempre tres elementos: las premisas (aquello de lo que se parte), la conclusión (aquello a lo que se llega) y la inferencia (la manera como están unidas las premisas y la conclusión, la relación que existe entre ambos tipos de entidades”²⁶; y (iv) argumentar es una actividad racional, porque además de procurar el logro de un fin, presupone la existencia de criterios válidos, no arbitrarios, para evaluar argumentos, haciendo posible a los operadores en general y a los tribunales en particular, emitir juicios *fundados* acerca de “si un argumento es bueno o malo, aparentemente bueno pero en realidad malo, mejor o peor que otro, etc.”²⁷.

Los rasgos antes mencionados, derivan de una realidad susceptible de constatación por vía de la experiencia: que el Derecho (entendido como ordenamiento jurídico) no es un sistema armónico, definido *a priori* y acabado de normas jurídicas (principios, reglas), al cual, frente a un problema práctico determinado, acuden los operadores jurídicos (abogados, jueces, funcionarios públicos, ciudadanos en general, etc.) para extraer mecánicamente la solución prevista por el legislador para ese problema, sino, más bien, que el Derecho es un conjunto no necesariamente armónico, indeterminado e incompleto de enunciados, proposiciones o preceptos normativos, al cual, frente a un problema práctico concreto, apelan los operadores jurídicos para, a través de la argumentación, *identificar y construir*, a partir de las proposiciones normativas puestas por el legislador, los principios y reglas (normas jurídicas) que, entre las opciones interpretativas posibles, resultan más razonables y aceptables (desde una triple perspectiva formal, material y pragmática²⁸) para solucionar el problema dado. Por

22 ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona Editorial Ariel, 2006, p. 73.

23 *Ibidem*, p. 74.

24 *Ibidem*, p. 75.

25 *Ibidem*, p. 75.

26 *Ibidem*, p. 75.

27 *Ibidem*, p. 76.

28 “La concepción formal es característica de los lógicos, quienes defienden un argumento, una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones: es un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión (...) su aplicación no exige entrar a considerar el contenido de verdad o de corrección e las premisas (...) La segunda concepción de la argumentación, a la que he llamado material, es la que puede encontrarse, referida al razonamiento jurídico, de alguna forma, en la concepción de la tópica jurídica de Viehweg, en la distinción usual entre justificación interna y justificación externa, o en la teoría de Raz y otros autores de las razones para la acción (...) [consiste] en el *ars inveniendi*, el descubrimiento y examen de las premisas (...) Finalmente, la tercera concepción, la concepción pragmática o dialéctica, considera la argumentación como un tipo de acción –o interacción– del lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones determinadas; en general, podría decirse que en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o se pone en

ser ello así, es imprescindible la argumentación en el ámbito jurídico, ya que únicamente a través de ella es posible, en especial para los tribunales (quienes tienen la última palabra en la materia), lograr la armonía, determinación y completitud del Derecho requerida para resolver los problemas con relevancia jurídica y realizar, al mismo tiempo, los fines de aquél como la seguridad, la paz y la justicia.

Si a lo anterior unimos la consideración que de una misma proposición normativa pueden derivar dos o más normas jurídicas (reglas) -no forzosamente plausibles por igual- de acuerdo a la técnica de interpretación y a la argumentación que se empleen, y que es posible que una misma proposición normativa sea interpretada por dos tribunales (en primera y segunda instancia, o en segunda instancia y casación), e incluso por el mismo tribunal (a través de un cambio de criterio o interpretación de la proposición) en más de un sentido posible, esto es, admisible en Derecho, entonces caben formular severas objeciones al llamado recurso abstracto de interpretación, tanto al de disposiciones de rango legal como de disposiciones de rango constitucional, en este último caso, con mayor razón como se verá, al implicar tal vía la exclusión *erga omnes* y para siempre de posibles interpretaciones de un mismo enunciado normativo, varias de ella conforme a los preceptos constitucionales, que resultarían aceptables y eficaces para resolver casos concretos, en perjuicio del derecho al debido proceso de quienes acuden a los tribunales para que éstos resuelvan sus controversias jurídicas, al estar limitada la *independencia* de los jueces al decidir esas controversias.

En efecto, según la propia jurisprudencia en la materia, así como con Bermúdez Alfonzo²⁹, el recurso de interpretación presentaría, entre otras, las siguientes características: (i) para poder activarlo (legitimidad), el interesado debe acreditar “*la conexión con un caso concreto*”, lo que se entiende no como la conexión con hechos concretos que dan lugar a una controversia jurídica (vía de hecho, incumplimiento de un contrato, etc.), pues ello haría inadmisibles las solicitudes³⁰, sino con dudas fundadas del solicitante en cuanto a la interpretación del precepto en un caso hipotético propuesto por el solicitante, tal y como se hace en la llamada jurisdicción voluntaria cuando se pide al juez que interprete un contrato para proveer certeza a las partes en cuanto a la interpretación de las cláusulas³¹; (ii) si bien las sentencias que lo resuelven no crean cosa juzgada (pues no resuelven mediante sentencia definitivamente firme una controversia jurídica concreta), en ellas la Sala respectiva “fija el derecho aplicable al caso concreto que sirvió para determinar la legitimación activa y comprender la duda planteada. De plantearse una contención solamente le quedaría al juzgador que conozca en primera instancia, la determinación y apreciación de los hechos, limitándose con ello la libertad del juez para interpretar el derecho”³², es decir, para crear la

cuestión un enunciado (de carácter teórico, práctico, etc.)...”. ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, *op. cit.*, pp. 39, 44, 45, 48 y 49.

29 BERMÚDEZ ALFONZO, Diógenes, “El recurso de interpretación y la función jurisdiccional”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 11, enero-abril 2001. Caracas Editorial Sherwood, 2001, pp. 17 y ss.

30 Tan es así, que el numeral 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del TSJ establece que es competencia del Máximo Tribunal de la República “52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere”.

31 “Es necesario para legitimar la actividad del recurrente, que éste demuestre por lo menos que ante una determinada situación concreta se haya suscitado la duda por las diversas interpretaciones dadas al mismo precepto legal, y que exista un interés general en la solución del conflicto”, *Ibidem*, p. 17.

32 *Ibidem*, p. 28.

llamada premisa mayor o normativa; y (iii) por lo cual, en observancia del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, “la determinación del Tribunal Supremo de Justicia en vía de interpretación, establece cómo debe interpretarse en casos futuros la norma legal [precepto legal] interpretada. A título ilustrativo, destacamos que la Sala Político-Administrativa declaró en un caso que ‘la decisión interpretativa se aplicará desde la fecha de su publicación, aún en los procesos que se hallaren en curso’³³.

En definitiva, cabe afirmar que el recurso de interpretación, tanto legal como constitucional, tiene por finalidad el que la Sala respectiva del TSJ defina respecto a un caso hipotético (esto es, de manera abstracta), con carácter *erga omnes* y de manera definitiva³⁴, cuál es el argumento interpretativo, y más concretamente, el principio o la norma jurídica que debe interpretarse deriva o sale de la disposición legal o constitucional cuya interpretación ha sido solicitada, por juzgar que ese contenido normativo es el único que, supuesta-mente, se puede y es admisible extraer de esa disposición legal o constitucional.

En general, cabe señalar que resulta incomprensible, y por ello inaceptable, que el legislador autorice a las Salas del Tribunal Supremo de Justicia a que en un procedimiento judicial abstracto, en el que ni siquiera existe contención, fijen de una vez y *para siempre* el sentido que habrá que atribuírsele en adelante a una determinada proposición normativa de rango legal, es decir, que fijen con carácter exclusivo y excluyente cuál es la norma jurídica que deriva de ella. Ello implica, a la larga, prohibir a los tribunales del respectivo orden competencial adoptar cualquiera de las otras posibles interpretaciones que por vía de la argumentación derivan de esa misma proposición. La certeza y estabilidad en la interpretación del Derecho bien la pueden lograr las Salas por medios ya existentes, como la casación (en los casos de las Salas Civil, Social y Penal) y la apelación (en el caso de la Sala Político-Administrativa). Estos medios, además, admiten algo que no puede permitir el recurso de interpretación: el cambio *motivado* de criterio, con efectos *ex nunc* (por respeto a principios como irretroactividad, derechos adquiridos, seguridad jurídica, confianza legítima, etc.) en cuanto a la interpretación de la proposición normativa, cuando nuevos hechos justifiquen una interpretación diferente, que garantice la operatividad (eficacia) de la proposición o la conformidad con la Constitución de la misma (aceptabilidad, legitimidad).

Asimismo, cabe sostener que la pretensión de construir el principio o la norma jurídica en abstracto no es más que una *ficción* derivada del formalismo jurídico predominante todavía en nuestro sistema de Derecho continental (*civil law*), ya que la experiencia muestra que es a partir de las peculiaridades del caso concreto, de los hechos de los que deriva el problema a resolver, que el operador jurídico, y en especial el juez, puede explorar adecuadamente las diferentes opciones interpretativas de una proposición normativa de cara a la solución efectiva del caso concreto, elemento fáctico que no está presente en un procedimiento de interpretación abstracta de la ley, en donde, como se indicó, el juez evalúa sin entrar a evaluar una problemática concreta, si acoge o no la interpretación propuesta por el solicitante de la misma o por los terceros que intervengan, o si adopta una diferente, a

33 *Ibidem*, p. 28.

34 Si esa definición fuera temporal, ninguna justificación o utilidad práctica tendría el recurso de interpretación, puesto que a través de la casación y de la revisión constitucional extraordinaria las Salas del TSJ podrían aclarar las dudas o corregir las erradas interpretaciones que en cada caso se presentaran para la resolución de las controversias jurídicas concretas, mediante argumentaciones interpretativas susceptibles de ser reiteradas en el tiempo, para generar estabilidad y certeza, hasta que una nueva realidad justifique una nueva argumentación interpretativa, igualmente conforme a la Constitución, que salve la eficacia del precepto legal y/o constitucional, para que siga siendo útil de cara a la resolución de nuevas controversias.

partir de su propio conocimiento teórico del Derecho, que presentará luego, falazmente, como la única interpretación posible y aceptable (¿verdadera?) de la disposición interpretada.

En particular, con referencia directa al recurso de interpretación abstracta constitucional, cabe indicar que dada la estructura intencionalmente abierta, abstracta y en casos hasta ambigua de las proposiciones normativas de la Constitución³⁵, y la necesidad para la sociedad de que ésta, en tanto pacto político y jurídico de todos sus sectores e integrantes, perdure y se adapte en el tiempo, más que a través de reformas o enmiendas, a través de la interpretación jurídica que efectúa la jurisdicción constitucional³⁶, de modo que sea un instrumento que contribuya a generar gobernabilidad democrática y gobernanza³⁷, resulta falaz en atención a la estructura de las disposiciones constitucionales y *contradictorio* con la aspiración de perdurabilidad y evolución que la ciudadanía en general tiene en la Constitución el creer que se puede, cual *demiurgo*, resolver de una vez y para siempre, todas las dudas e incertidumbre que pueda generar un precepto constitucional.

En efecto, es falaz esa creencia, porque a partir del conocimiento teórico siempre limitado, imperfecto, equívoco y temporal que el órgano judicial (Sala Constitucional) tenga en un determinado momento histórico sobre la materia regulada por el precepto, es imposible definir de una vez y para siempre el principio o norma jurídica que debe derivarse del precepto interpretado para aplicarlo a todos los casos que en lo sucesivo requieran su aplicación, desde que es imposible conocer *de antemano* no sólo todas las posibles interpretaciones futuras del precepto, sino también las peculiaridades fácticas de los casos que reclamarán su aplicación. Y es contradictoria con la vocación de perdurabilidad y generar soluciones aceptables a lo largo del tiempo a las problemáticas más trascendentes para los ciudadanos el que un órgano judicial, en un momento histórico concreto, fije irreversiblemente una interpretación que si bien puede ser aceptable y eficaz para el momento en que se produce, a la vuelta de muchos o pocos años, se puede tornar inaceptable e ineficaz, frente a nuevas realidades que demandan soluciones jurídicas mediante la aplicación directa del precepto constitucional interpretado abstractamente³⁸.

Por otro lado, como lo advierten varios de los autores citados en el segundo capítulo de este trabajo, en el caso venezolano, la Sala Constitucional tiene la posibilidad, a través de los diferentes procedimientos cuyo conocimiento tiene atribuido *expresamente* (en especial, en el de revisión constitucional), de hacer valer su condición de máxima y última intérprete de la

35 Cfr. PELLEGRINO PACERA, Cosimina, "La interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia...", *op. cit.*, pp. 300 y ss; NIETO, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102. Madrid Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, 1983, pp. 371 y ss.

36 Ver sobre este tema, WOLF, Christopher, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Madrid Editorial Civitas, 1991.

37 Sobre la gobernabilidad democrática y la gobernanza en especial, véase in extenso, RAMÍREZ RIBES, María (Comp.) *Gobernanza: laberinto de la democracia*. Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, Corpográfica. Caracas, 2005.

38 En EEUU, por ejemplo, con base en la misma Constitución, se consideró en algunas sentencias de la Suprema Corte que la segregación racial era una expresión del derecho a la igualdad, pues permitía a los ciudadanos negros acceder a servicios similares a los de los ciudadanos blancos, pero sin interactuar con éstos, siendo ese censurable criterio abandonado, con una composición diferente de la Suprema Corte, en otro fallo en el que se juzgó que la segregación era, por el contrario, violatoria del derecho a la igualdad. El contenido de estas sentencias, y algunos comentarios al respecto, en DE FELIPE, Miguel Beltrán, y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2^{da} edición. Madrid BOE y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 69 y 73.

Constitución, para fijar mediante argumentos interpretativos aceptables y eficaces, el valor, principio o norma jurídica que deriva de una proposición normativa del Texto Fundamental, a fin de lograr con ello la certeza y estabilidad en la interpretación de la Constitución (tal y como lo permite el artículo 335 constitucional), que no la irreversibilidad o intangibilidad de esa interpretación.

Lo anterior es tanto más aceptable si se entiende que, desde la concepción del Derecho como argumentación, la función de la jurisdicción constitucional no consiste en establecer de una sola vez y para siempre el sentido y efectos que ha de atribuirse a un precepto constitucional (no lo ha sido en los EEUU ni en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, como tampoco en otros países de América Latina), sino, partiendo de de que todos los jueces interpretan y aplican la Constitución, la de fijar, con alcance *erga omnes* y *provisionalmente* (al igual que en la física se reconoce la validez y aceptabilidad de las teorías físicas), en los casos en que haya lugar a ello (al decidir una revisión extraordinaria, no cuando decide amparos), el sentido y efectos que deberán atribuir aquéllos a la disposición constitucional que fue interpretada de forma inaceptable e ineficaz al decidir el caso concreto, no hipotético, que permitió elevar el examen de la interpretación hecha hasta la Sala Constitucional, donde la interpretación efectuada permanecerá invariable, será vinculante, al menos hasta que nuevos hechos o realidades la tornen inaceptable o ineficaz, y lleven a la Sala, previa justificación, a modificar esa interpretación³⁹. Hasta aquí algunas de las críticas que desde la argumentación jurídica cabe formular al recurso de interpretación abstracta de la Constitución. A continuación, algunas de las que cabe hacerle desde la teoría del discurso aplicada al Estado democrático de Derecho.

V. INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN ABSTRACTA CON EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO SEGÚN LA TEORÍA DEL DISCURSO

En varios de sus trabajos dedicados al estudio filosófico del Estado y del Derecho en las sociedades –desarrolladas– contemporáneas, en las que la religión y el Derecho Natural han dejado de ser fuente de legitimación de las instituciones públicas, Habermas ha sostenido que para alcanzar actualmente la legitimidad de la autoridad (de los Gobiernos, de las Administraciones, de los Parlamentos, etc.) por vía de la legalidad en el Estado democrático de Derecho, es indispensable que esa legalidad, así como su aplicación en casos concretos, se forme y materialice a través de procedimientos discursivos institucionalizados (parlamentarios, administrativos, electorales, judiciales, etc.), regidos por la idea de la imparcialidad propia del discurso práctico moral: “El núcleo racional (en sentido práctico-moral) de los procedimientos jurídicos sólo se nos releva cuando se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad, tanto la fundamentación de las normas como la aplicación de las regulaciones vinculantes establecen una conexión constructiva entre el derecho vigente, los procedimientos legislativos y los procedimientos de aplicación del derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica”⁴⁰.

39 En pocas palabras, la jurisdicción constitucional debe tener libertad para, justificadamente, modificar la interpretación que ella misma ha dado a un precepto, aún en sede de revisión extraordinaria, para garantizar la perdurabilidad de la Constitución, fortaleciendo su aceptabilidad (legitimidad) y eficacia (potencia para dar respuesta a problemas en materia de derechos o control del Poder, por ejemplo) frente a la ciudadanía.

40 HABERMAS, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?”, en *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Editorial Paidós, Barcelona 1998, pp. 160 y 161.

La idea de imparcialidad a la que alude Habermas⁴¹, y que de acuerdo con su teoría discursiva o *procedimental* del Estado democrático de Derecho, es la única que puede, hoy día, conferir un alto grado de legitimidad a las instituciones públicas de un Estado tal, postula, en pocas palabras, que las decisiones (normativas o judiciales) que afecten los derechos y libertades de los ciudadanos, deben tomar en cuenta en condiciones de igualdad real, los juicios y opiniones de éstos, bien para acogerlas y dotar así a la legislación o al acto jurisdiccional de aceptabilidad frente a ellos, o bien para, argumentadamente, rechazarlos y acoger otros planteamientos, plausibles en cuanto al tema debatido, mediante procedimientos transparentes y participativos, en los que la autoridad interviene como un participante más (desde luego, con la autoridad para tomar la decisión definitiva) que excluyan por completo la adopción de decisiones desde el poder oculto (Bobbio), a espaldas de las aspiraciones, intereses y derechos de los directa o potencialmente afectados, y a partir de criterios parciales, proclives a la discriminación o a la negación del pluralismo: “Todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieren verse afectados podrían participar como iguales y libres en la búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede ejercerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos”⁴².

Como es de suponerse, una teoría tal acerca del modo en que el Estado y el Derecho pueden lograr la legitimidad frente a los ciudadanos, tenderá, si no a oponerse enfáticamente a la creación y puesta en funcionamiento de un órgano con los poderes que ostentan en general los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales, al menos sí a manifestar algunas reservas y reflexiones críticas, que contribuyan a limitar en lo posible los excesos en el ejercicio de esos poderes. Este último es el caso de Habermas, quien no obstante reconocer la importancia y relevancia que en el Estado de Derecho actual tienen órganos como el Tribunal Constitucional alemán, para la preservación del sistema democrático y la interpretación y defensa de los derechos fundamentales, advierte al mismo tiempo los riesgos que se derivan del poder de ese órgano de establecer, unilateralmente y con carácter *erga omnes*, el contenido de esos derechos o de los principios constitucionales, a partir, en algunos casos, de la denominada *jurisprudencia de valores* (para la cual los derechos no se diferencian sustancialmente de los valores), y de los problemas de legitimidad en que puede caer la jurisdicción constitucional, en comparación con la que tendrían otras instituciones como el Parlamento, el Gobierno e incluso los demás tribunales, que sólo resuelven casos concretos: “Las reservas contra la legitimidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán no solamente se apoyan en una consideración de cambio de paradigma, sino que se vinculan con supuestos metodológicos. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, la crítica puede referirse en la República Federal de Alemania a una “teoría de los valores” desarrollada por el propio Tribunal, es decir, a una autocomprensión metodológica de los jueces, que ha tenido problemáticas consecuencias para la decisión de importantes casos de prioridad (...) Tal jurisprudencia de valores arroja, en efecto, el problema de legitimidad que Maus y Böckenförde analizan en lo tocante a la práctica de toma de decisiones del Tribunal Constitucional alemán. Pues hace menester este tipo de concretización de normas, implícitamente productora de derecho, que ponen a la toma de decisiones del Tribunal Constitucional en competencia con el poder legislativo (...) El Tribunal Constitucional se transforma así en una instancia autoritaria, al haber de dejarse guiar por la idea de realización

41 Y a la que también se refieren en sus obras filósofos como John Rawls, Kart O. Apel y Robert Alexy.

42 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional”⁴³.

Expuesta muy *grosso modo* la principal crítica que Habermas le formula a la labor de la jurisdicción constitucional (que imponga unilateralmente a toda la sociedad los valores que profesan sus integrantes), puede alegarse, frente a ella y a favor del poder que esa jurisdicción tiene de anular leyes y de limitar las opciones políticas del Parlamento gracias a la interpretación vinculante de la Constitución, que (i) en los Estados democráticos actuales, al reconocerse a la Constitución como norma jurídica y autorizar a los jueces en general a que interpreten y apliquen su texto, es inevitable instituir un órgano que actúe como máximo y último intérprete de la Constitución, responsable de defender su supremacía (en especial, de los principios y derechos que reconoce) frente al legislador y los demás Poderes Públicos, incluso frente a interpretaciones arbitrarias del propio Poder Judicial⁴⁴, (ii) la jurisdicción constitucional no puede actuar sino a instancia de parte (principio de la justicia rogada, más tradicionalmente, principio dispositivo), y debe orientarse por los principios de independencia y de *imparcialidad* (al margen de las fallas reales) y (iii) al igual que los tribunales de instancia y los Tribunales Supremos al ejercer el control difuso, la jurisdicción constitucional, cuando interpreta la Constitución, lo mismo que cuando ejerce el control concentrado, allí donde éste existe, ha de ejercer tales poderes a partir del principio del self restraint, fuente determinante de su auctoritas frente a la sociedad⁴⁵.

Sin embargo, la crítica de Habermas a la jurisdicción constitucional cobra toda su contundencia, frente a un poder como el de interpretar en forma directa, abstracta (al margen de un caso concreto), *erga omnes* y irreversible la Constitución, como el que se atribuyó a sí misma la Sala Constitucional venezolana, al margen de la voluntad el constituyente de 1999 y del legislador de 2004. En efecto, con semejante atribución, la Sala desconoció la interpretación compartida a la que alude Figueruelo⁴⁶, e incurrió en vulneración de Principios

43 HABERMAS, Jürgen, “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, en *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta, Madrid 1998, 326, 331 y 332.

44 Sobre este tema, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas-Thompson, 4^a edición, Madrid 2006, pp. 187 y ss.

45 “Finalmente, dado que todos los demás órganos constitucionales están sujetos al control del Tribunal en cuanto a la constitucionalidad de sus actos, y dado que no hay apelación alguna frente a sus decisiones, el Tribunal, en un orden, el defensor supremo de la Constitución. Es oportuno, sin embargo, advertir que sus posibilidades no son ilimitadas: no puede actuar por su propia iniciativa, sino sólo por impulso exterior. Puede defender la Constitución frente a los órganos del Estado, pero no frente a los poderes extraestatales. Sólo entiende de cuestiones planteadas y resolubles en términos jurídicos. Y todo ello, por supuesto, dentro de las competencias que le han sido conferidas. *Id possumus quod de iure possumus*”. GARCÍA PELAYO, Manuel, “Discurso en el acto de inauguración del Tribunal Constitucional”, en *Obras Completas III*. CEC, Madrid 1991, p. 3.224. De gran provecho hubiera resultado para los responsables de la Sala Constitucional de Venezuela, una lectura detenida de lo dicho por el maestro García-Pelayo en ese breve y sabio discurso inaugural.

46 “...en cualquier Estado democrático, lo más importante de la introducción de un sistema de justicia constitucional es el cambio operado en el tema de la interpretación de la Constitución. De esta forma pasamos de la existencia de una sola interpretación de la Constitución efectuada por los órganos políticos (principalmente las Cámaras legislativas) mediadores entre la política y el derecho, al establecimiento de una interpretación compartida, sistema en el cual las Cámaras interpretan inicialmente la Constitución pero, esa interpretación en algunos casos puede ser sometida a la revisión de la Justicia Constitucional: se trata de un sistema de interpretación parlamentaria condicionado por la Constitución tal y como es definida de forma vinculante por el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 268.

constitucionales como el principio democrático, del pluralismo político y de la división en ramas del Poder Público, al tiempo que erosionó su legitimidad al incrementar el riesgo de que en el país se instaure una férrea sujeción de todos los demás Poderes y, en especial, de todos los ciudadanos, no necesariamente a lo que *deba* decir la Constitución sino a lo que los integrantes de la Sala, devenidos en ‘constituyentes’, *estiman* de forma abstracta y definitiva que aquélla dice, a partir de las *personales* preferencias políticas, morales, económicas y sociales que puedan defender en un determinado momento histórico⁴⁷.

Si en el Estado democrático de Derecho la legitimidad de la autoridad se logra no únicamente respetando la competencia y los procedimientos, sino en especial a partir de la adopción de medidas legislativas, gubernativas, administrativas y judiciales que resulten, además de eficaces (idóneas y útiles para resolver los problemas que las originan), aceptables (*razonables* según los valores, principios y reglas compartidos) para sus destinatarios, atributos a que su vez derivan en buena medida de las condiciones de deliberación, debate (contradictorio), participación, transparencia y revisión a través de los controles jurídicos correspondientes que deben anteceder a esas medidas, entonces un mecanismo a través del cual un órgano del Estado (Poder Constituido) establece en abstracto, unilateralmente y con vocación definitiva⁴⁸, sin deliberación ni contradictorio alguno (al no ser un asunto contencioso, quien solicita y quienes intervienen sólo *informan* su posición), sin mayor participación y con mínima transparencia (las deliberaciones de los Magistrados, a diferencia de las de los parlamentarios, son secretas) nada más y nada menos que la interpretación que desde el Parlamento hacia abajo deberán coactivamente darle funcionarios y ciudadanos a la Carta Magna, es por completo antidemocrático (desconoce el carácter de primer intérprete de la Constitución de la Asamblea Nacional), contrario a la división del Poder Público (usurpa

47 “...para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho, por la naturaleza del Derecho actual) tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Ese podría ser, quizá, el camino para que el Estado de Derecho no acabase convirtiéndose en Estado de Justicia”. ARAGÓN REYES, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en el libro del mismo autor, *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid CEPC, 1998, p. 176.

48 En varias de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional al examinar la admisibilidad del recurso de interpretación abstracta de la Constitución, aquélla ha reconocido que un motivo para inadmitir el recurso es la falta de novedad en el objeto del recurso, es decir, la existencia de un criterio previo que haga innecesaria la interpretación en vista del ánimo de la Sala en mantener ese criterio interpretativo. Textualmente se ha dicho: “Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una de-cisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa” (ver sentencia N° 2.366, de 14-12-06). Tal afirmación, obliga a insistir, una vez en más, en la inutilidad absoluta del recurso de interpretación abstracta si la Sala Constitucional puede, debido a un cambio de ánimo (es decir, ni siquiera a causa de un juicio racional), modificar la interpretación que de una disposición constitucional ha establecido en una sentencia dictada al resolver un recurso de interpretación abstracta. En efecto, si las interpretaciones establecidas al resolver dicho recurso pueden ser modificadas con posterioridad, tal y como puede ocurrir con los criterios interpretativos fijados en revisión, conflicto entre Poderes, etc., entonces carece de toda justificación y necesidad esta invención de la Sala, ya que no se establecerían interpretaciones definitivas sino provisionales (que es el único tipo de interpretación al que ha de aspirarse), que pueden y deben ser fijadas en todo caso a través de las restantes vías procesales que son conocidas por la Sala, por atribución expresa de la Constitución y de la Ley Orgánica del TSJ.

funciones de la Asamblea Nacional) y al debido proceso (cercena el arbitrio judicial⁴⁹ de los demás tribunales de la República) el recurso examinado.

De acuerdo con lo anterior, es incompatible con los artículos 2, 5, 6, 19, 136, 137 y 333 de la Constitución, y especialmente con el sistema democrático que ella establece, el que la Sala Constitucional pretenda, violando el principio de reserva legal, interpretar el Texto Fundamental en abstracto, de manera vinculante, *erga omnes* y definitivamente, cada vez que 1) exista un “choque” entre normas y principios constitucionales, pues si ello ocurre en un caso concreto (que es lo único que justifica la activación de la jurisdicción a instancia de parte), ella podrá a través de la revisión constitucional (si el choque deriva de lo argumentado en una sentencia) o del conflicto entre Poderes (si el choque deriva a una usurpación de funciones) por ejemplo, resolver esa colisión, ofreciendo una interpretación armónica de los preceptos involucrados, con base en el artículo 335 constitucional, que perdurará en el tiempo hasta que un nuevo asunto, quizá, justifique un cambio de criterio.

También lo es emplear esa vía 2) cuando la Constitución (i) remita como principios que la rigen a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; (ii) cuando ella se refiera a derechos humanos que no aparecen en su texto; o (iii) a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria, pues todos los jueces de la República interpretan y aplican la Constitución, de modo que inicialmente es a ellos a los que, en instancia, les corresponde esa labor, con auxilio de la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional y en la valiosa doctrina y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (usualmente ignorada, cuando no despreciada, por la mencionada Sala), teniendo esa Sala la posibilidad de corregir interpretaciones erradas a través de la revisión extraordinaria, por ejemplo.

Tampoco se justifica un recurso con las características antes anotadas para resolver 3) un “choque”, absoluto o aparente, entre dos o más normas constitucionales, ya que, de nuevo, es a los jueces a los que corresponde en un primer momento resolver esos “choques”, a través de argumentaciones interpretativas, y en última instancia a la Sala, como máxima y última intérprete de la Constitución, cuando el asunto, de ser el caso, llegue a su conocimiento a través de los mecanismos ordinarios o extraordinarios; tampoco para 4) aclarar la constitucionalidad de las normas dictadas por organismos multiestatales creadas por Tratados y Convenios Internacionales de los que la República es parte, pues carece de competencia para evaluar en abstracto la constitucionalidad de las disposiciones normativas dictadas por organismos como la Comisión Andina de Naciones, por ejemplo, ya que ellas se incorporan (cuando Venezuela era parte de la CAN) directamente al Derecho interno, y es a los jueces de nuevo, en casos concretos, a quienes corresponde desaplicar por control difuso la norma de ser ello procedente, y a la Sala Constitucional conocer luego de esa des-aplicación por vía de revisión o de la cuestionable consulta obligatoria derivada de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁰.

49 Ver, sobre el tema, in extenso, NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*. Barcelona Editorial Ariel, 2001.

50 Dice el artículo 5, párrafo tercero, de la Ley Orgánica del TSJ que “de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme”. De este artículo la Sala

Y menos para 5) establecer los mecanismos procesales que permitan cumplir con las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos, pues ello, además de implicar una evidente violación del principio de división en ramas del Poder Público y, en especial, del principio de la reserva legal (esa competencia es expresa y exclusiva de la Asamblea Nacional, como todo otro procedimiento legislativo), revela un incumplimiento por parte del Estado venezolano de la obligación que le impone el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta materia, lo que sí puede hacer la Sala Constitucional como TSJ, en ejercicio de su iniciativa legislativa, es presentar y presionar ante la Asamblea, para que se apruebe la ley correspondiente en la materia, que por demás completaría detalles menores pues las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas no requieren especiales trámites para su ejecución, o si es instada para ello, mediante la declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión legislativa⁵¹.

Asimismo, es inadmisibles que a través de este recurso, la Sala Constitucional pretenda, no obstante carecer de representatividad política, 6) definir parte del régimen legal transitorio en una materia determinada, cuando el vigente “deja al descubierto jurídico algunas áreas”, o cuando normas “de algún régimen legal transitorio parecen sobreponerse a la Constitución, “creándose así ‘huecos legales’ a nivel constitucional”, ya que (i) las lagunas en los regímenes legales transitorios deben colmarse a través de los mecanismos de integración del Derecho, lo que corresponde a los demás jueces de la República y Salas del TSJ en sus respectivos órdenes competenciales, sin perjuicio del ulterior control de constitucionalidad a que haya lugar (ii) cualquier contradicción entre una disposición legal transitoria y la Constitución debe resolverse a través de un recuso de nulidad de la ley y no a través de la interpretación abstracta de la Constitución, y (iii) porque la expresión “huecos legales a nivel constitucional” es lógicamente inaceptable, porque la Constitución goza del atributo de suprallegalidad, de modo mal puede tener algo así como “huecos legales”.

Por último, tampoco resulta aceptable la interpretación abstracta de la Constitución, dado el inconstitucional debilitamiento que supone de la independencia de los jueces y de la libertad, al menos inicial, de configuración política del Parlamento, el que ella pretenda usarse cuando 7) es necesario aclarar la plena e inmediata aplicación de normas constitucionales para que no choquen con el régimen transitorio de la propia Constitución; cuando 8) la aparente ambigüedad de alguna norma constitucional la haga inoperante y se precise su interpretación conforme a los principios constitucionales, para aplicarla; y cuando 9) se planteen contradicciones entre el texto constitucional y las facultades del constituyente o entre aquél y la normativa que rigió las funciones de éste, como la Sala Constitucional lo ha sostenido en su fallo N° 1.077, de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*.

Ello, en la medida que (i) la Sala, luego que lo hayan hecho otros tribunales, puede adoptar interpretaciones de preceptos constitucionales que faciliten su aplicación inmediata en armonía con el régimen transitorio de la propia Constitución a través, se insiste, de la revisión de sentencias, de control concentrado, de la consulta en control difuso o a través de la resolución de conflictos de competencias; (ii) las ambigüedades pueden ser resueltas a través de las vías mencionadas, de persistir las mismas o de ser resueltas ineficaz o inaceptablemente por los demás tribunales, por la Administración o el Parlamento, y (iii) porque

Constitucional ha ratificado la consulta de oficio a la que se refieren sus fallos N° 3126/2004, caso: *Ana Victoria Uribe* y N° 1998/2003, caso: *Bernabé García*.

51 Un análisis de esta competencia en el Derecho Constitucional venezolano en CASAL H., Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, op. cit., pp. 175 y ss.

toda contradicción entre la Constitución y las facultades del constituyente o entre aquélla y la normativa que rigió las funciones de éste, en contra de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en la sentencia dictada en el exp. N° 1.110, en fecha 14-10-99, caso: *Henrique Capriles Radonsky*⁵², ciertamente deben ser resueltas por la jurisdicción constitucional, pero no a través de una interpretación abstracta, sino a través del control concentrado, por medio del cual puede ella dictar sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada respecto de la validez o invalidez constitucional de actos dictados por un órgano del Poder Constituido o por el órgano que representa (pero que no es) el Poder Constituyente, mas no respecto de la interpretación dada en el caso a la Constitución, que será el aplicable y vinculante hasta que nuevos hechos no justifiquen, de ser el caso, una nueva interpretación.

Pretender, como lo pretende la actual Sala Constitucional, conocer y decidir todos los asuntos antes mencionados a través de esa invención *contra legem* que es el recurso de interpretación abstracta de la Constitución, además de implicar una reducción del potencial interpretativo de la vigente Norma Fundamental para adaptarse en el tiempo a través de argumentos interpretativos, y así proveer soluciones eficaces y aceptables a los problemas que surjan en la realidad nacional, supone limitar el carácter democrático del sistema de gobierno en Venezuela, desconocer el principio fundamental de división en ramas del Poder Público y destruir por completo la independencia y arbitrio judicial de todos los jueces de la República, incluidas las restantes Salas del Máximo Tribunal, tan guardianes como la Sala de la supremacía de la Constitución. La Sala Constitucional es la máxima y última intérprete de la Constitución, como lo es en España y Alemania el Tribunal Constitucional, y la Suprema Corte en los EEUU, no es su única y primera intérprete. Mientras ello no se sepa en Venezuela, existirá, para riesgo de todos, la interpretación abstracta de la Constitución.

52 En esta sentencia, que pasará de seguro a la Historia del Derecho Constitucional venezolano como una de las más negativas para la vigencia del Estado de Derecho y el respeto y garantía de los derechos constitucionales, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Iván Rincón Urdaneta y apoyo decisivo en razonamientos del entonces profesor José Manuel Delgado Ocando, sentenció que ningún órgano del Poder Constituido, lo que incluía a la Corte Suprema, tenía competencia para controlar la constitucionalidad de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, por considerar que ésta era el mismo Poder Constituyente y no su representante con el mandato exclusivo de transformar el Estado a través de la elaboración y sanción de un nuevo Texto Constitucional, y que era “ilógico” que a partir de una norma derogada o por derogarse se controlara la validez de una norma por entrar en vigencia o ya en vigor. El Texto puede verse en DELGADO OCANDO, José M. (Comp.) *Bases Jurisprudenciales de la Supraconstitucionalidad*. Caracas TSJ, 2000, pp. 37 y ss. Una crítica a la sentencia, desde el punto de vista del Derecho como argumentación, en PIACENZA, Eduardo, “¡Cuidado con la lógica! A propósito de un argumento de Alf Ross”, en ESCOVAR LEÓN, Ramón (Coord.), *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Tomo II. Caracas: UCV-FCJP, 2001, p. 233 y ss.

El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas

Jaime Rodríguez-Arana*

Resumen: *El artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce como derecho fundamental de la persona el derecho a la buena administración de los asuntos públicos. El presente artículo analiza el contenido de tal derecho abordando cuestiones tan relevantes de la agenda administrativa como pueden ser la motivación del acto administrativo, el principio de racionalidad, la expedición en plazos adecuados de los actos o la reparación de los daños causados por los actos administrativos. En Europa este derecho tiene también una dimensión principal pues el criterio de la buena administración se aplica al régimen de los servicios públicos en particular y a todo el Derecho Administrativo en general. También se glosa la jurisprudencia más importante del Tribunal de primera instancia y de l Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia.*

La consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución europea(artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le decía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado. El problema, como veremos en estas apretadas líneas, reside en una concepción más justa y humana del poder, que cómo consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, sea un instrumento al servicio objetivo del interés general, tal y como establece categóricamente el artículo 103 de la Constitución española.

Es decir, la perspectiva abierta y dinámica del poder, ordenado a la realización de la justicia, a dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, ayuda sobremanera a entender que el principal atributo del Gobierno y la Administración pública sea, en efecto, un elemento esencial en orden a que la dirección de la cosa pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto entendido como la generalidad de los ciudadanos.

* Catedrático de La Coruña. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.

Tratar sobre buena administración constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en el Gobierno y en la Administración pública. Es decir, tal y cómo he señalado en mi libro “El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas” es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible. Alguna de estas características serán abordadas por los colegas que participan en este seminario que, si no me equivoco, es una de las primeras iniciativas en esta dirección que se producen en nuestro país, lo que da idea del compromiso de las autoridades de esta Comunidad Autónoma en relación con el buen Gobierno y la buena Administración pública, por una parte, y, por otra, con la centralidad de la persona en la materia.

En realidad, a mi me corresponde, en el inicio del seminario, plantear la cuestión desde la óptica, desde la perspectiva del ciudadano. Este punto de vista, cómo ha señalado agudamente CROZIER no hace mucho, ha sido tradicionalmente superado por la concentración de aproximaciones y dimensiones sobre la propia Administración pública o sobre el Gobierno de carácter cerrado, endogámico o inmanente, cómo se prefiera denominar. La explicación no es compleja porque hasta hace poco tiempo, relativamente, la centralidad en los estudios y comentarios sobre la función del Gobierno y la Administración pública se centraba en exceso en la propia organización administrativa, que se analizaba hasta la saciedad desde diferentes ángulos, olvidándose, esto es lo sorprendente, del destinatario natural y propio de las políticas públicas: la ciudadanía. Por qué o cómo haya acontecido esta situación en el tiempo no es materia para el día de hoy. Ahora sólo me interesa constatar que así ha sido durante muchos años y que, afortunadamente, en nuestro tiempo ha cobrado espacial fuerza e intensidad la consideración central del ciudadano y la perspectiva instrumental de la Administración pública como organización pública de servicio objetivo a los intereses generales.

En la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en si mismo y recupera su conciencia de institución de servicio a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender que si la tarea de dirección pública, sea en el gobierno o en la administración, se concibe desde esta aproximación, entonces el derecho ciudadano a un buen gobierno y a una buena administración pública sea algo razonable y adecuado. Derecho que supone, como corolario necesario, la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas.

¿Es previo este derecho a la buena administración pública, o es corolario necesario de la necesidad de que los asuntos comunes, colectivos, deban ser atendidos de determinada manera?. Esta es una cuestión relevante, porque de su contestación se deducirá la naturaleza y el sentido de la función de la administración pública. Existen instituciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Y existen intereses comunes, sanidad, educación, porque las personas en conjunto, e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, integral, de todos, no de una parte, por importante y relevante que esta sea.

La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental. ¿Por qué se proclama como derecho fundamental por la Unión Europea?. Por una gran razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la Administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho.

En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos, cómo ha señalado certeramente una reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984, se definen, en el Estado social y democrático de derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones.

A continuación, voy a reflexionar sobre dos dimensiones de la buena administración que me parecen básicas: la apertura a la realidad y la cuestión de la caracterización de las políticas públicas, ya que las demás condiciones y aspectos que configuran el derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas serán convenientemente explicadas por el resto de los colegas de este seminario. Finalmente, se comentará brevemente el sentido del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, asumida en el propio proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en el artículo II-101.

Así, desde estos postulados, podríamos decir que la apertura a la realidad, la aproximación abierta y franca a las condiciones objetivas de cada situación, y la apertura a la experiencia son componentes esenciales, actitudes básicas del talante ético desde el que deben construirse las nuevas políticas públicas. En ellas se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública. Por ella, la técnica británica de las “políticas públicas a prueba” es sumamente interesante. La buena administración, el buen gobierno, como anteriormente se ha comentado, tienen una

deuda pendiente con la realidad, pues sólo desde ella se puede mejorar el presente para construir un mejor futuro.

Pensar la complejidad de la realidad y acercarse a ella desde el supuesto de la propia limitación, al tiempo que acaba con todo dogmatismo, rompe también cualquier tipo de prepotencia en el análisis o en el dictamen de soluciones a la que el responsable público pueda verse tentado. Éste debe tener claro que no es infalible, que sus opiniones, sus valoraciones están siempre mediatizadas por la información de que parte, que es siempre limitada, necesariamente incompleta. Abordar un conocimiento auténtico de esa realidad exige una mentalidad abierta que se traduce en la capacidad de desarrollar un pensamiento que sea dinámico y compatible.

El pensamiento dinámico lo planteo como condición para acceder a la comprensión de las relaciones entre la persona y la sociedad. El individuo, la persona concreta, contribuye al bien general de la sociedad, y al tiempo, la sociedad se debe orientar a las personas, al ser la dignidad de la gente prioritaria y fundante de la propia sociedad. Ahora bien, la dignidad de la persona se actualiza justamente cuando la persona colabora al bien común de la sociedad. De este modo la existencia de la persona puede ser definida como co-existencia.

Esta forma de abordar la realidad humana -personal y social- hace derivar su fuerza no tanto de su propia constitución como de la ruptura de los rígidos principios de oposición individualistas-comunitaristas, que carecen de capacidad de retroalimentarse y que se cierran sobre sí mismos, mostrándose incapaces de explicar la dimensión personal del hombre y su carácter social. Tal cerrazón provoca una tensión que se ve liberada por esta comprensión dinámica de las relaciones persona-sociedad, y que canaliza estas tensiones hacia concepciones equilibradas que, al tiempo que afirman radicalmente la condición individual del hombre, ni niegan ni menoscaban su dimensión social. Todo ello se traduce en que el individuo percibirá de forma habitual el bien de los demás hombres y mujeres como un bien también auténticamente suyo.

Un pensamiento que quiera abordar con éxito la comprensión de la realidad tal y como la perfilamos debe ser también, necesariamente, un pensamiento compatible. Se trata de un pensamiento que no encaja en los modelos rígidos y planos, y que tiene capacidad -precisamente porque trata de comprender al ser humano en todas sus dimensiones- de conciliar lo personal y lo social, lo estatal y lo civil, la libertad y el ordenamiento, el mercado competitivo y la regulación político-económica.

Quizás sobran estas pretendidas oposiciones y tantas otras que podríamos enumerar. De lo que se trata es, en este contexto, de buscar convergencias de las que pueden surgir sinergias, afloramientos de energías que no se agoten en enfrentamientos estériles, por falsos. Por una parte que cada persona o asociación aporte servicios en función de las demandas y de las necesidades sociales, desarrollando libremente sus iniciativas; y por otra que el Estado actúe de acuerdo con su función imprescindible de subsidiariedad, arbitraje y custodia de la competencia, en un intento real de conseguir cotas más altas de justicia y equidad, y de abrir nuevos campos operativos para la efectiva iniciativa personal y social.

Las prestaciones del Estado a los más desfavorecidos serán simples dádivas si se quedan sólo en una redistribución de bienes y no inducen una mayor libertad y autonomía. La cuestión sigue siendo enseñar a pescar y no dar peces.

Cuando abrimos los ojos y miramos, la realidad somete nuestra inteligencia a la dura prueba de la vibración caleidoscópica de sus singularidades. Entonces nuestra comprensión

se ve agotada ante la complejidad de sus inextricables estructuras, y nuestra necesidad de modelos conceptuales se ve desbordada por los inéditos desarrollos que la historia manifiesta.

Rendirse a nuestra incapacidad para agotar su comprensión significa aceptar nuestra limitación pero también empeñarnos en una aproximación cada vez más completa. Sin embargo, cabe también la posibilidad de afirmar la soberanía de nuestro pensamiento. Esta es la disposición que lleva al nacimiento de lo que llamo ideología cerrada, que entiendo aquí como un pensamiento sistemático-cerrado sobre la realidad social que se toma como presupuesto de la actividad política.

La expresión “pensamiento sistemático cerrado” la uso aquí en el sentido preciso de que parte de postulados, de aseveraciones no demostradas y sin base empírica; se desenvuelve deductivamente; es omnicomprendivo, abarca todos los aspectos de la realidad; es proyectivo, tiene capacidad para predecir cara a donde, cómo y por dónde camina la realidad social. Por eso puede decirse que la ideología cerrada cumple la aspiración fáustica -es la ciencia que domina plenamente el mundo- y se resuelve al final en el amargo despertar del aprendiz de brujo. Porque, no lo olvidemos, parece que la realidad sigue siendo terca.

La constitución española de 1978, como ya he señalado, define la Administración como una organización que sirve con objetividad intereses generales (Artículo 103.1 CE), la Carta Magna nos recuerda que las reformas administrativas deben levantarse en función de las personas y no en función de los intereses burocráticos o tecnocráticos. ¿Por qué?. Porque, como también señala la Constitución, corresponde a los poderes públicos -artículo 9.2 CE- promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En efecto, el Estado vive un momento de tránsito que se viene prolongando el tiempo suficiente para considerar el cambio como algo permanente y, en consecuencia, la capacidad de adaptarse a él como un auténtico rasgo definitorio del Estado moderno. Desde los nuevos espacios públicos se puede afirmar que el propio futuro del ejercicio democrático del poder pasa necesariamente, por hacer de su capacidad de adaptación a los cambios, una condición esencial de su propia existencia. Cambios que, es obvio, deben partir de la posición central de los ciudadanos y de la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad solidaria de cada persona.

La ingente tarea que supone este aspecto de la vida pública requiere profundizar en las ideas que lo sostiene: asegurar las libertades reales de la gente. Desde las nuevas políticas públicas, la Administración pública aparece como uno de los elementos clave para asegurar que las aspiraciones de los españoles puedan hacerse realidad. Por lo tanto, el gobierno y la administración nunca podrán ser aparatos que se cierren a la creatividad, o la impidan con cualquier tipo de trabas, ni tampoco podrán dejar -especialmente a los más débiles- al arbitrio de intereses egoístas. La buena administración se realiza desde esta consideración abierta, plural, dinámica y complementaria de los intereses generales, del bienestar integral de los ciudadanos.

El modelo de las nuevas políticas públicas en relación con la Administración pública, apuesta por la libertad, que es apostar por la sociedad, por confiar en el hombre, por confiar en la capacidad, en las energías, en la creatividad de los ciudadanos.

El pensamiento compatible, permite que al tiempo que se hace una política de impulso de la sociedad civil, no haya compuertas que limiten una acción de la Administración pública

que asegure la libertad de disfrutar, por ejemplo, de una justa y digna jubilación de nuestros mayores, que limiten la libertad de disponer de un sistema de salud para todos, que recorten la libertad de que todos tengan acceso a la educación en todos sus niveles, o acceso a un puesto de trabajo, o sencillamente a disfrutar de la paz.

Por eso, para mi la Administración pública debe ser un entorno de entendimiento, y un marco de humanización de la realidad que fomente el objetivo constitucional central “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás” (Artículo 10.1 CE).

El aparato administrativo debe, pues, promover las condiciones para que todos los españoles sin excepción podamos ejercer con mayor calidad nuestras libertades, teniendo también presente que la Administración también debe estar próxima, cercana a la gente en un ambiente de real descentralización (Artículo 103.1 CE) teniendo presente que la programación y ejecución del gasto público debe responder a los criterios de eficiencia y eficacia (Artículo 31.2 CE).

Pues bien, las reformas administrativas, puestas en marcha, se encaminan en esta dirección. Es el caso de la redefinición de la Administración Periférica del Estado como consecuencia de la LOFAGE, -Ley de Organización, Funcionamiento de la Administración General del Estado- con un contrastado ahorro en el gasto público. Es el supuesto del Pacto Local que apuesta definitivamente por el reforzamiento de los entes locales y por la autonomía local en un contexto de equilibrio de los diferentes poderes territoriales. Es el caso de la consolidación y estabilidad del Estado autonómico desde el acuerdo y el entendimiento. Es el caso de la reforma del procedimiento administrativo que por fin instaura un verdadero sistema de silencio administrativo positivo y un acortamiento real de los plazos que tiene la Administración para resolver los expedientes administrativos. Es el caso de la recepción del principio de lealtad institucional, de confianza legítima, y de transparencia como elementos vertebradores de la reforma administrativa. Es el caso de la Administración electrónica, que busca mejorar y facilitar las relaciones entre la ciudadanía y las instituciones administrativas.

Por ello, una Administración pública que se ajuste adecuadamente a las demandas democráticas ha de responder a una rica gama de criterios que podríamos calificar de internos, por cuanto miran a su propia articulación interior, a los procesos de tramitación, a su transparencia, a la claridad y simplificación de sus estructuras, a la objetividad de su actuación, etc. Pero por encima de todos los de esta índole o, más bien, dotándolos de sentido, debe prevalecer la finalidad de servicio al ciudadano a que vengo haciendo alusión.

No puedo dejar de subrayar, también en este punto, la centralidad del individuo en mi entendimiento del derecho al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. El individuo real, la persona, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades que en la Constitución proclamamos. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien la administración pública sirve. Al servicio de esa persona concreta el aparato administrativo debe promover las condiciones para que ejerza con la mayor calidad y hondura sus libertades.

En este sentido, los empleados públicos para poder desempeñar su tarea con eficacia necesitan, además de los medios y condiciones de trabajo adecuados, un constante esfuerzo en su competencia profesional para consolidar una Administración pública que no es una entidad abstracta, sino que la integran personas tan reales como los ciudadanos a los que

sirven, y ellos mismos ciudadanos también. Detrás de cada expediente están las aspiraciones de un ciudadano, de una persona de carne y hueso.

El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se use de manera abierta, plural, social, equilibrada y humana es algo que se debe considerar el solar de racionalidad desde el que proyectar las diferentes formas de gobernar y administrar a partir de las distintas opciones políticas. Algo que en el tiempo que vivimos no es fácil ni sencillo por la sencilla razón de que el ansia de poder, de dinero y de notoriedad ciegan de tal manera a nuestros gobernantes y administradores que les impide ver con claridad las necesidades colectivas, reales de los ciudadanos. De igual manera, existe otra causa que dificulta comprender en su complejidad y pluralidad la realidad que se cifra en la obsesión ideológica. Planteamiento que excluye del espacio de la deliberación pública y, por ende del interés público, a quienes no se identifican con los proyectos políticos de quien gobierna o administra la cosa pública.

Una consideración que me parece que puede ayudar a entender mejor el alcance y la funcionalidad de este derecho fundamental se refiere a la estrecha vinculación existente entre el interés general, fundamento de la Administración pública, y los derechos ciudadanos. En efecto, si atendemos a versiones cerradas y unilaterales del interés público, entonces desde el poder no se contemplará la centralidad de los derechos de los administrados. Todo lo más, se pensará, desde esta perspectiva, que los ciudadanos no son más que destinatarios de políticas públicas de salvación que proceden del monopolio del lo bueno y benéfico que es la propia institución gubernamental o administrativa. Sin embargo, cómo hemos apuntado con anterioridad, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho aparece fuertemente conectado al fomento, a la generación de las mejores condiciones posibles que permitan el desarrollo en libertad solidaria de las personas y de los grupos en que se integran removiendo cualesquiera obstáculos que impidan su realización efectiva.

Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la Jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena administración, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41 que, como es sabido, aunque no se integró directamente en los Tratados, se ha incorporado en bloque al proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en su artículo II-101, proyecto que esperamos, con los cambios que sean necesarios, algún día vea la luz.

Antes del comentario de este precepto, me parece pertinente señalar dos elementos de los que trae causa: la discrecionalidad y la jurisprudencia. En efecto, la discrecionalidad, se ha dicho con acierto, es el caballo de Troya del Derecho Público por la sencilla razón de que su uso objetivo nos sitúa al interior del Estado de Derecho y su ejercicio abusivo nos lleva al mundo de la arbitrariedad y del autoritarismo. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa en armonía con los principios de Derecho es muy importante. Tanto como que un ejercicio destemplado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, en arbitrariedad. Y, la arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que normalmente los conceptos de elaboración jurisprudencial son conceptos contruidos desde la realidad, algo que es en si mismo relevante y que permite construir un nuevo derecho fundamental con la garantía del apoyo de la ciencia que estudia la solución justa a las controversias jurídicas.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más conciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

-el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.

-el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

-la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en mi opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia reside en un disposición al servicio objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que en el precepto son claros.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas – equitativas- y, finalmente, y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver. En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente encontrar esta construcción en el Derecho Administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la justicia constituye, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la

institución pública en la que nos encontremos, la principal garantía de acierto. Por una razón, porque cuándo se decide lo relevante es dar cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia a la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno. No merece más comentarios.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, se refiere al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establece el artículo 35 de la ley del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Se trata, de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es, para mí, el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si

son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuándo las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que, por lo que se vislumbra, el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

El apartado cuarto dispone que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa lengua.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido, a golpe de sentencia, delineando y configurando con mayor nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.

Debe tenerse presente, también, que el artículo 41 del denominado Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 1995 es el antecedente del ya comentado artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales. Es más, se trata de una fiel reproducción.

Una cuestión central en la materia es la referente a la autoridad que ha de investigar las denuncias de mala administración de las instituciones europeas. Pues bien, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Roma y del Estatuto del Defensor del Pueblo, resulta que esta tarea es de competencia del propio Defensor del Pueblo. Una definición de mala administración nos la ofrece el informe del Defensor del año 1997: “se produce mala administración cuándo un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que debe estar sujeto”. Definición que es demasiado general e imprecisa, por lo que habrá de estarse a los parámetros jurídicos señalados en el artículo 41 de la Carta, de manera que habrá de observarse, además de la lesión de las normas del servicio de los principios generales que presiden la actividad de las instituciones públicas, sí efectivamente se contraviene la equidad, la imparcialidad, la racionalidad en los plazos, la contradicción, la motivación, la reparación o el uso de las lenguas oficiales.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo recientemente publicado en Actualidad Administrativa, en el número 4 de este año algunas de las sentencias más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena Administración, principio del que más adelante se derivaría, cómo su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración. Por ejemplo, en el 2005, el 20 de septiembre encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que en virtud del principio a la buena administración el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio.

Una sentencia de 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa debe estar convenientemente motivados. También es consecuencia de la buena administración pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que cómo dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1995, “la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena administración pública”. Igualmente, por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2005 es consecuencia del principio de la buena administración, la óptima gestión de los organismos administrativos, lo que incluye, es claro, el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en virtud del cual la Administración pública, merced al principio de continuidad y a que no puede separarse del criterio mantenido en el pasado salvo que lo argumente en razones de interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena administración, dice el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la Administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo.

Reflexiones críticas sobre el estado de justicia (El desvarío del estado socialista como único camino a la justicia en la propuesta de reforma constitucional de 2007)

Jesús María Alvarado Andrade*

*“Todas las cosas son fatigosas más de lo que el hombre puede expresar;
nunca se sacia el ojo de ver, ni el oído de oír.*

*¿Qué es lo que fue? Lo mismo que será. ¿Qué es lo que ha sido hecho? Lo
mismo que se hará; y nada hay nuevo debajo del sol”*

ECLESIASTÉS 1:8; 1:9.

Resumen: *El “Estado de Justicia” en Venezuela ha devenido en una idea ligada al “socialismo”, sin embargo ello no es precisamente lo que se desprende de la letra de la propia lex superior de 1999 en su artículo dos; por ello el presente trabajo ofrece una apreciación crítica y mas amplia sobre el “Estado de Justicia” desde un prisma netamente constitucional y no político.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007
- III. EL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA Y SU TRANSFORMACIÓN POR EL ESTADO SOCIALISTA
- IV. LA IDEA DE JUSTICIA
- V. EL VALOR JUSTICIA. CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL
- VI. NOTAS FINALES

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, tiene por objeto, esbozar *grosso modo*, algunas ideas que considero importantes a los efectos de analizar específicamente la grave confusión conceptual que reinó respecto a nuestro actual artículo 2¹ constitucional en las discusiones sobre la reforma

* Abogado, Estudiante del Post-grado de Derecho Administrativo; Estudiante de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

1 El Profesor Allan R. Brewer-Carías, ha definido a la cláusula del artículo 2 como el del “Principio de los fines democráticos, sociales y de justicia del Estado”. *Cfr.* Allan R Brewer-Carías, *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005; y

constitucional de 2007, y que permitieron sin lugar a dudas, que la fórmula constitucional ya advertida, fuera entendida con un alcance insospechado².

Indudablemente que una de esas confusiones es y ha sido la interpretación del “Estado de Justicia” como una formulación que aboga como bisagra o primer paso hacia un “Estado Socialista”.

A esta sinonimia es a la cual dedicaremos las presentes líneas...

II. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007

Si los Venezolanos no hubiesen votado negativamente el pasado dos de diciembre de 2007, a la referida propuesta constitucional³, irrefutablemente que se hubiera constitucionalizado un “Estado de Justicia Socialista”. Ello hubiera implicado, el primer paso en la incesante búsqueda de la consolidación de un Estado Comunista pro futuro, que se ha

de igual forma *Cfr.* Allan Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I. “Principios del Derecho Público. Administración Pública y Derecho Administrativo. Personalidad Jurídica en el Derecho Administrativo. Régimen de la Administración Pública”, Universidad Externado de Colombia - Universidad Central de Venezuela, Bogotá, 2005, 445 pp.

- 2 Para tener una idea clara sobre el proceso inconstitucional que permitió el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, al no controlar jurisdiccionalmente la sanción de la propuesta de reforma constitucional por la Asamblea Nacional del 2 de noviembre de 2007 y la convocatoria a referendo del Consejo Nacional Electoral, tal como lo había anunciado públicamente la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia en agosto de 2007, pueden verse entre otros los siguientes estudios: *Cfr.* Allan R. Brewer Carías “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional (O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la ‘reforma constitucional’ sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007)” en *Revista de Derecho Público* N° 112, Octubre-Diciembre 2007, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 639-670 y con la venia de estilo *Cfr.* Jesús María Alvarado Andrade “La Reforma Constitucional en Venezuela como un caso de ausencia de control Jurisdiccional de la Constitución (Breve estudio comparado entre Colombia y Venezuela)”, en *Revista de Derecho Público* N° 112 Octubre - Diciembre 2007, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 671-690.

- 3 La presidenta del Consejo Nacional Electoral, Tibisay Lucena, dio a conocer el primer boletín en la madrugada del día tres (3) de Diciembre de 2007, explicando que daba a conocer ese informe una vez recibidas las actas de escrutinios, luego de que la Comisión de Totalización procedió a examinarlas comprobándose que correspondían a las mesas electorales de la circunscripción nacional, totalizando un resultado, que revelaba una “tendencia” que no era “reversible”. La funcionaria presentó los resultados poco después de la una de la madrugada, más de nueve horas después de cerradas las urnas. La pregunta en el referendo fue dividida en dos bloques de artículos y era del tenor siguiente: “¿Aprueba usted el proyecto de Reforma Constitucional con sus Títulos, Capítulos, Disposiciones Transitorias, Derogatoria y Final; presentado en dos bloques y sancionado por la Asamblea Nacional, con la participación del pueblo y con base en la iniciativa del Presidente Hugo Chávez?”

En el Bloque A, la opción del NO obtuvo 4.504.354 votos, con 50.70% de la votación, mientras que la opción del SI, obtuvo 4.379.392 votos, con 49.29% de la votación. El total de votos válidos fue de 8.883.746, mientras que el total de votos nulos fue de 118.693, con una abstención del 44.11% de la votación. En el Bloque B, la opción del NO obtuvo 4.522.332 votos, con 51.05% de la votación, mientras que la opción del SI obtuvo 4.335.136 votos con 48.94% de la votación. Todos datos del primer boletín. Todavía (Agosto 2008) no se saben los resultados finales. *Cfr.* Consejo Nacional Electoral en http://www.cne.gov.ve/divulgacion_referendo_reforma/

intentado por varios medios en los últimos años, de espaldas a la letra de la constitución de 1999⁴.

Lo dicho se asevera por cuanto, aun cuando no se planteaba ninguna reforma al artículo 2 constitucional actualmente en vigor⁵, de la variedad de normas a reformar que eran múltiples y cambiaban la “estructura y principios fundamentales del texto constitucional⁶”, se deducía que la norma en cuestión, habría que leerse en los hechos de la forma siguiente:

“Venezuela se constituye en un Estado **socialista** de Derecho, que propugna como valores superiores **no burgueses** de su ordenamiento jurídico y de su actuación, el **socialismo**, la vida, la libertad, la equidad, la igualdad, el anti-imperialismo, el humanismo, la cooperación, la eficiencia, la protección del ambiente, la solidaridad a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, la **dignidad**, la **democracia** política y económica, la participación comunitaria, la distribución de los ingresos, la **ruptura de la lógica del capital**, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el bien común”⁷; debido a la variedad de artículos propuestos que tocaban y trastocaban todos los principios constitucionales, de forma intencional para así lograr la construcción de ese “Estado Socialista”⁸. (Destacado nuestro)

-
- 4 El socialismo en los esquemas de Karl Marx, recuérdese, es la primera etapa del Comunismo, ésta última surgirá o aparecerá una vez que las diferencias o desigualdades existentes desaparezcan, pues una vez conseguido este ideal, el Estado mismo curiosamente tenderá a desaparecer, pues el Estado en dichos esquemas teóricos es sencillamente una expresión del antagonismo de clase, un mal que desaparecerá en una eventual sociedad sin clases. Para ello es menester ir hacia un “Estado Socialista”, en el que en primer orden es necesario “socializar” los medios de producción existentes para que se rompa la “lógica del capital”. Lo dicho se afirma por cuanto nuestra constitución en ninguna de sus normas permite ningún “socialismo”, sino más bien una social-democracia que es la plasmada a través de la cláusula del “Estado Social”.
- 5 El actual artículo reza de la siguiente manera: Artículo 2. “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”. Cfr. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000
- 6 Cfr. Art. 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000
- 7 Cfr. Art. 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5453 del 24 de Marzo de 2000.
- 8 Cfr. Allan R. Brewer Carías “El sello socialista” en *Revista de Derecho Público* N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

Además corrobórese lo afirmado con la lectura de los artículos del Proyecto presentado formalmente por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, el 15 de Agosto de 2007, que llevaban el título de “Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana”, y formulaba propuestas de reforma respecto de los artículos 11, 16, 18, 67, 70, 87, 90, 100, 112, 113, 115, 136, 141, 156, 167, 168, 184, 185, 225, 230, 236, 251, 252, 300, 302, 305, 307, 318, 320, 321, 328 y 329 del texto constitucional de 1999. Además de los propuestos por la Asamblea Nacional, artículos 21, 64, 71, 72, 73, 74, 82, 98, 103, 109, 152, 153, 157, 158, 163, 164, 173, 176, 191, 264, 265, 266, 272, 279, 289, 293, 295, 296, 299, 301, 303, 337, 338, 339, 341, 342, y 348. Para un total de artículos reformados de sesenta y nueve (69) : 1, 16, 18, 21, 64, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 82, 87, 90, 98, 100, 103, 109, 112, 113, 115, 136, 141, 152, 153, 156, 157, 158, 163, 164, 167, 168, 173, 176, 184, 185, 191, 225, 230, 236, 251, 252, 264, 265, 266, 272, 279, 289, 293, 295, 296, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 307, 318, 320, 321, 328, 329, 337, 338, 339, 341, 342, y 348. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado*,

Pero es menester señalar, que ello no obedecía a un capricho aislado, sino a unas ideas previas, que estaban en el ambiente político, y que en los últimos años, una corriente jurídica y más que todo política en el país, había postulado, y que se basaba en la afirmación de que la cláusula del artículo 2 de la Constitución de 1999 establecía un nuevo contenido axiológico - *distinto al existente con anterioridad*⁹ en el cual el Estado se sometía sin más al Derecho, en procura de un “Estado de Justicia” que ampliaría considerablemente el campo de acción del concepto de “Estado de Derecho” *per se*, pero enfocada dicha “justicia” a abolir las inequidades o mas propiamente, las tildadas injusticias del sistema capitalista¹⁰.

Por tanto en dicha peculiar interpretación, el “Estado de Justicia” representa el “Estado Socialista”. Ello creemos que se acrecentó en mayor medida, cuando personas que siempre han comulgado con bases teóricas-políticas marxistas –*en especial con la teoría bolchevique del Estado-*, defendían tal idea, afirmando, que era completamente exacto, pues la legalidad en el “Estado Socialista” es desplazada siempre en procura de conseguir respaldo en base a criterios valorativos, circunstanciales y casi siempre economicistas¹¹.

Valga recordar, en esta misma línea de razonamiento, la peculiar visión sostenida por el presidente Hugo Chávez Frías en el año 1999, cuando señalaba que la meta de la Asamblea Nacional Constituyente era refundar la República y restituir el “Estado de Derecho” constitucional y democrático, pero enfatizando que no era:

*“...ese Estado de Derecho simple, con sujeción plena a la ley y al Derecho, en el que como decía Gaitán, el de la simple igualdad de los hombres ante la Ley, como si la Ley fuera una fórmula taumática que pudiera pasar por encima de los valores económicos, de las causas étnicas, de los hechos funcionales, de las causas de la evolución y de la cultura que hacen la desigualdad, que resulta un solo mito metafísico. No; no es esa la justicia; la justicia que se propone es la zamorana, la de hacer imposible la imperceptible violación de los derechos humanos, violación que ha sido perpetrada por los cada vez más ricos en perjuicio de los cada vez más pobres”*¹².

Visión que se sostiene hoy en día –*incluso agregado a la propuesta rechazada de reforma constitucional de 2007-* pero con el añadido extravagante de que los ricos no sólo hacen imperceptible la violación de los derechos humanos en perjuicio de los cada vez más pobres, sino que además, son causa de todas las iniquidades sociales¹³.

Policia y Militarista. Comentarios sobre el Sentido y Alcance de las Propuestas de Reforma Constitucional 2007. Colección textos legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, 157 pp; y del mismo modo, Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*. Colección textos legislativos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, 224 pp.

9 Cfr. La Constitución de 1961 como antecedente histórico inmediato. Constitución de la República de Venezuela. Enmiendas N° 1 y 2, Publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 3.357 de 2 de marzo de 1984.

10 No podemos detenernos en ello, pero si debemos recordar la confusión que existe en el país entre “Estado Social” y “Estado Socialista”, como si ambos fuesen conceptos sinónimos.

11 A esta preferencia ideológica, la “socialista” es a la cual someten al valor “justicia”.

12 Cfr. Hugo Chávez Frías, “Carta del Presidente Hugo Chávez a la Corte Suprema de Justicia” en http://www.analitica.com/bitlibio/hchavez/carta_csj.asp, Caracas, 1999; y de igual forma véase Cfr. Corte Suprema de Justicia, “Respuesta de la Corte Suprema de Justicia al Presidente Hugo Chávez. Descalificación Moral y Legal” en <http://www.analitica.com/bitlibio/csj/respuesta.asp>, Caracas, 1999.

13 Por supuesto que el razonamiento del Presidente Chávez en esa oportunidad –*y parece que*

III. EL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA Y SU TRANSFORMACIÓN POR EL ESTADO SOCIALISTA

La cláusula del “Estado democrático social de Derecho y de Justicia”, plasmada en la Constitución de 1999, es una idea resultante del movimiento constitucional de mitad del siglo XX, con tradición del constitucionalismo contemporáneo plasmado en las Constituciones de la República Federal de Alemania de 1949 -*Art. 20, I*-, Española de 1978 -*Art. 1º* y Colombiana de 1991 -*Art. 1º*-, como ha explicado reiteradas veces el profesor Allan Brewer-Carías.¹⁴

Por otro lado, hay que reconocer *–quíerose o no–* que dicha fórmula se nos ha presentado de igual manera como un concepto que aboga por la disolución del Estado Liberal Burgués y su conquista “El Estado de Derecho” en procura de un “Estado Socialista”, que recientemente se moldeó en la propuesta de reforma constitucional de 2007, en clara sintonía con el planteamiento ya referido del presidente Hugo Chávez¹⁵.

Por ello, estas líneas solo pretenden advertir que este tema se nos presenta aún más difícil cuando tomamos en cuenta que la formulación del “Estado de Justicia”, se nos ha ofrecido como una formulación con dos caras *-bifronte-* como el dios Jano de la antigüedad, *primero* como fórmula que aspira a la consolidación del “Estado de Derecho” evitando formalismos no esenciales que sacrifiquen la “justicia material” y *segundo*, como fórmula que aboga por la completa disolución del Estado Liberal Burgués en procura de un “Estado Socialista”.

De hecho, un ejemplo de esta segunda corriente, de aspiración justicialista que apareció claramente delimitada en la propuesta de reforma constitucional de 2007, y que quizás pasó inadvertida fue la explicación que ofreció la exposición de motivos de la referida propuesta, cuando señalaba que:

*“...La revolución bolivariana asume la consigna de reafirmar la existencia, la extensión y la esperanza de la solidaridad, como estrategia política para contribuir a la construcción del Reino de Dios en la Tierra, es decir, la conquista de la supremacía política por parte de los pueblos del mundo”*¹⁶.

todavía- radica en la insistencia en desconocer que la pobreza no es un “mal divino”, ni es producto o causa necesariamente de los ricos en tanto personas individualmente consideradas, que legítimamente conforme al sistema capitalista acumulan capital o en palabras de Marx acumulan “originariamente el capital”, sino que la pobreza antes que otra cosa es producto de una mala organización social, en el que el Estado tiene mucha de responsabilidad, en especial el Petro-Estado Venezolano que vendría siendo en esos esquemas Marxistas *-caducos para algunos-* quien mas acumula “originariamente capital”, pues es dueño de todo o casi todo. Por supuesto, que el argumento resulta absurdo y se expone justamente para demostrar la continuidad en los argumentos. Por otra parte, en lo que a mi modesta opinión respecta, el análisis del “Estado Social” en Venezuela no debe ser analizado con teorías de derecho comparado ajenas a nuestra realidad, pues en aquellos Estados no existe el Petro-Estado tal y como lo conocemos en Venezuela en el siglo XX y en el siglo presente *-siglo XXI-*. Es decir, antes que “Estado Social” hay que empezar a estudiar el Petro-Estado y sus proyecciones en el campo jurídico.

14 Cfr. Allan R. Brewer Carías “Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Septiembre-Diciembre, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, pp. 31-46.

15 Basta leer las impresionantes alusiones al término “justicia” tanto en la exposición de motivos como en el propio texto de propuesta de reforma constitucional presentado en Noviembre de 2007.

16 Cfr. “Texto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional” en <http://www.analitica.com/media/9949568.pdf>, Caracas 2007.

Al respecto deben decirse dos cosas sobre la frase, la *primera* es que allí no dice que la nación, el Ejecutivo o el proponente asumen la consigna de reafirmar esa idea ya advertida, sino que se afirma sin ambages el término “Revolución Bolivariana”, cosa que jurídicamente ya es cuestionable, pero la *segunda* es la frase del “Reino de Dios en la Tierra”, que es algo muy común en los esbozos de la teoría bolchevique del Estado, y esto si es realmente lo importante.

Recordemos que una de las críticas que Karl Marx hacía al Estado Burgués es que éste era una especie de *Civitas Diaboli*, ya que representaba un principio inmoral de interés egoísta de clase, por lo que tendría que ser aniquilado, es decir, que debía desaparecer para dar paso a una sociedad sin clases¹⁷ y sin Estado incluso, pues de ello dependía en buena manera que se pudiera crear, confeccionar o hacer posible una *Civitas Dei*, de allí que la propuesta de reforma constitucional rechazada aluda al término del “Reino de Dios en la tierra”.

Al respecto, es menester destacar, que esta creencia, fue muy bien criticada por el jurista vienés Hans Kelsen en su libro *Socialismus und Staat*¹⁸, al señalar con propiedad, que Marx mostraba una actitud muy parecida a la de San Agustín en sus formulaciones teóricas, ya que entre ambos no existía una diferencia radical en sus ideales, pues San Agustín trasladaba precavidamente su ideal al otro mundo, mientras que Marx introducía su ideal por la fuerza en el otro mundo pero por obra de una ley causal de desarrollo.

Añádase a esto, *-mas aún cuando de derecho se trata-*, el tema de la aplicación directa de “principios” como “reglas jurídicas” de vinculación directa, y que en actualidad no es bueno perder de vista, aparte del problema que aqueja nuestro actual “Estado de Derecho”, de la no consideración de la constitución y de su supremacía, la cual cede a veces en procura de algunos “principios” que ella estipula, interpretados casi siempre vagamente, como es el caso del “Estado de Justicia” que siempre se alude como contrario a la cláusula del “Estado de Derecho”.

Exempli gratia nuestra constitución, plantea que ella es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”¹⁹, pero no debemos concluir que basta la norma para deducir que estamos en un “Estado de Derecho”, pues es necesario para que ella goce de supremacía, la confección de un real sistema de “justicia constitucional” que controle los actos del Estado a la luz de los postulados de la norma fundamental.

Sin embargo, ocurre que en nuestros razonamientos a veces se yerra al pensar que existe una juridicidad de acuerdo a la letra de la constitución por la sola norma del artículo 7 y de otras mas en relación con esta, olvidando que la misma no es asumida por el Estado venezolano, por lo menos por sus representantes electos popularmente, lo que no es casual o producto del azar, pues el progresivo distanciamiento de los criterios políticos de “justicia”

17 Cfr. Jacques Chevalier y Danièle Loschak, *Science Administrative. Théorie Générale de L'Institution Administrative*, Tomo 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J) Paris 1978, p. 238. Allí, se pueden encontrar muchas de las ironías del “Estado Bolchevique”.

18 Es bueno advertir también que el jurista vienés como todo el mundo tenía simpatías ideológicas. Según los estudiosos, el propio Kelsen era partidario de un socialismo no marxista, la “social-democracia” propiamente. De hecho el jurista advierte en su libro citado su parecer cuando señala en el prefacio que “Es importante para mí afirmar con toda energía que mi escrito no se dirige contra el socialismo. Yo solo me enfrento críticamente con el marxismo, y dentro de él solo con su teoría política”. Cfr. Hans Kelsen, *Socialismo y Estado*, Editorial Siglo XXI, México 1982, 406 p.

19 Cfr. Art. 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5453 del 24 de Marzo de 2000.

respecto a la juridicidad del Estado es cosa ya advertida reiteradamente en la práctica común²⁰.

Añádase a lo antes expuesto, que la juridicidad es discutida y puesta en duda por los órganos que ejercen el poder público, cuando han asumido esta frase presidencial, de que en la lucha por la justicia:

*“Es el poder constituyente en movimiento y acción permanente en la construcción de un modelo de sociedad colectivista de equidad y de justicia”*²¹.

Partiendo de una *primera visión* se puede concluir que el “Estado de Justicia”, no debiera entenderse conforme a este desacierto, pues si el poder constituyente esta en movimiento y acción permanente es reconocer de antemano que no hay constitución, ya que ésta “juridifica” al poder constituyente, con lo cual éste reposa en el principio de la supremacía de la constitución y todos los órganos que ejercen el poder público deberán actuar en búsqueda de los valores que la constitución señala, sostén de la formulación del “Estado de Derecho”.

Por otra parte se observa que se deja deslizar la idea de que tal “Estado de Justicia” plasmado en la Constitución pareciera un principio que desea confeccionar un modelo de Estado que persigue entre uno de sus fines principales la consecución de una “justicia de cualquier forma”, así sea contrariando las normas jurídicas que regulan y sujetan al Estado de Derecho.

Pero habrá que recordar una *segunda visión*, que sostiene, que la formulación se justifica ya que el “Estado de Derecho” por si solo es insuficiente y poco eficaz para lograr satisfacer la necesidad de “justicia” de los sectores más débiles económicamente de la sociedad, que en mi criterio es falsa, toda vez que haría vacua la idea del “Estado Social” que tanto se defiende con igual intensidad.

No hay que olvidar que la introducción de la “justicia” como un rasgo del Estado, paralelo a la proclamación del “Estado de Derecho” como lo hizo la Asamblea Constituyente de 1999, concitaría inquietudes sobre la sujeción de los órganos que ejercen el poder público -Ejecutivo, Judicial, Ciudadano, Electoral y Legislativo²²- al derecho positivo; ya que amparados estos órganos que ejercen el poder público en la búsqueda de una pretendida “justicia” quizás distinta y prohibida por el ordenamiento jurídico positivo, pudiera generar el grave riesgo de que tales órganos puedan apartarse del rigor de la ley para hacer realidad ese presunto y proclamado “Estado de Justicia”.

Pero ello jamás pudiera dar pie a sostener que esta “justicia” es la “justicia del socialismo”, como si este fuese el único modelo “justo”, cosa ridícula por lo demás, después de las experiencias trágicas que tal sistema ofreció a sus víctimas en la Europa del Este y en su todavía satélites vigentes.

20 Hay que hacer un gran esfuerzo por hacer interpretaciones que expliquen el “ser” de las cosas y no solamente el “deber ser” de las cosas.

21 *Cfr.* “Texto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional” en <http://www.analitica.com/media/9949568.pdf>, Caracas 2007.

22 *Cfr.* Artículos 7, 25, 49, 136, 137, 138, 139, 199, 200, 232, 236, 242, 253, 255, 259, 274, 285, 293, 333 y 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.453 del 24 de Marzo de 2000.

En ligazón con ello, es que es bueno destacar que hay algo mas importante en esa rechazada Propuesta de Reforma Constitucional, y es que aparte de que la “justicia” es entendida como confección del “socialismo”, se afianzó la idea de la abolición de la constitución antes que una reforma en dos puntos neurálgicos; *primero*; la abolición de la constitución con el postulado referido de que el poder constituyente se encuentra en permanente acción; y *segundo*, en que ese poder constituyente que no se sabe quien es en realidad, se distancia de la juridicidad del Estado *-inexistente en ese estado de cosas-*, en procura de mejorar la situación de pobreza en el país y las inequidades sociales, producto según esta visión del Estado “liberal”.²³

Ello es aún mas grave, puesto que amen de toda esta confusión se añade la idea de la necesidad de una revolución política e institucional del país, enfocada hacia un estudio socioeconómico del país, desigualdades, atraso económico, la mejor distribución de la riqueza y la repartición de la propiedad sobre los medios de producción; todas preocupaciones que se insertan en una visión jurídica que hoy en día quizás no debería tener tanta influencia en los juristas, y es la postura, convicción y asunción de que es más importante la Constitución real y efectiva que la Constitución Formal²⁴.

23 Pareciera olvidarse la importancia de la cláusula del “Estado Social”. Como advertíamos antes, la cláusula del “Estado Social” no es clara para un gran sector de la población, de la doctrina y de la jurisprudencia.

24 Ejemplo de esta preocupación por un cambio a la situación económica aun cuando no se correspondiera con la Constitución, puede verse en la explicación que daba el Profesor y ex Presidente de la República Rafael Caldera referido al momento de la confección de la nueva legislación laboral, cuando afirmaba refiriéndose a otro ámbito como el derecho laboral que: “El programa de Febrero hablaba de crear una Oficina Nacional del Trabajo y de emprender a través de pasos metódicos la adopción de una legislación del trabajo. Los hechos se precipitaron, y si algo podemos considerar afortunado fue que se aprovechara aquel momento para que se adoptara una Ley del Trabajo completa, que en el momento de su promulgación pudo considerarse con justicia como una de las más avanzadas de América latina. Desde luego, estaba lleno de defectos técnicos, de imprecisión en muchas de sus disposiciones y de vacíos y lagunas que en gran parte fueron llenadas **(en esto quiero insistir porque es una tradición en el derecho laboral y no sólo en Venezuela sino aun en los países más avanzados del mundo y más apegados al régimen del derecho) por la amplitud que se le otorgó a la potestad reglamentaria hasta el punto de que en muchas ocasiones pudo pensarse que había ocurrido una verdadera delegación de la potestad legislativa a pesar de que la norma constitucional la declaraba indelegable**” (subrayado nuestro). Cfr. Rafael Caldera “Conferencia del individuo de número, el 16 de marzo de 1977, en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 36, Nº 69-70, Caracas 1977, pp. 27-44; e igualmente Cfr. Rafael Caldera “Palabras del ex-presidente, Doctor Rafael Caldera, en la apertura del séptimo Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el día 14 de julio de 1980 en Santo Domingo, República Dominicana” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 38, Nº 82-83 (1980-1981), Caracas, 1981, pp. 29-37. Todos estudios en los cuales el profesor Rafael Caldera, nos señalaba que hubo que tomar “medidas impensables en estos tiempos”, como esta ya mencionada *ut supra*, así como el otorgamiento a los inspectores del trabajo de funciones jurisdiccionales.

Ante todo, queremos señalar y ser precisos en este terreno, no es que el jurista Rafael Caldera, sea marxista o que era el adalid de esto que trato de alertar sobre la no consideración de lo jurídico, sino que lo que trato de recordar es el hecho político del momento *-la creencia en las tesis de la constitución real y efectiva-*, y lo que considero como insólito hoy en día de que mucha gente no lo haya superado o no haya entendido las fallas *-de la consideración de lo económico sobre lo jurídico-* que los mismos propugnadores de esa visión en aquel momento histórico han alertado, como hace el propio profesor Caldera en este escrito, reconociendo dichas fallas. De igual manera para ver como el Profesor Rafael Caldera entiende muy bien el valor normativo de la Constitución

Dicho pensamiento puede tener una influencia de Ferdinand Lasalle, quien afirmaba que las cuestiones constitucionales, no son jurídicas, sino de poder o de fuerza, afirmación que expresaba que la Constitución realmente en su criterio era verdaderamente una “hoja de papel”, sin efectividad normativa, pues lo importante en su consideración constitucional eran en realidad las relaciones reales de las fuerzas en conflicto en una sociedad determinada, pues estas son los factores reales de poder, y son estas a su vez las que expresan la verdadera constitución.

Este pensamiento jurídicamente es cuestionado por la moderna doctrina Alemana, Francesa e incluso Española, con el desarrollo vertiginoso del constitucionalismo occidental en el último siglo, sin hablar de que en Estados Unidos de América esto es impensable, pues la Constitución como norma jurídica que es, sería la principal fuente normativa del orden jurídico positivo, y de aplicación efectiva, pues ésta detenta un poder supremo, una supremacía jurídica y política, pues toda actuación política o jurídica se conduce en última instancia a ella, lo que recoge expresamente conforme a nuestra historia constitucional el artículo 7 de nuestra actual *lex superior*.

Recordemos que este elemento característico del valor normativo del texto constitucional, del apego a su letra; ha sido una constante en occidente, sin embargo, no significa que se haya comprendido o se haya entendido a cabalidad como algo válido o correcto por lo menos por sectores importantes en Venezuela, cuando analizamos las peculiares visiones que se tienen respecto al “Estado de Justicia”, ya esbozados sucintamente²⁵.

IV. LA IDEA DE JUSTICIA

La “justicia” no tiene nada que ver con el “socialismo”²⁶, así como tampoco el “Estado Social”, éste último es más bien una corrección liberal, y la primera es algo que ha sido objeto de los más intensos debates filosóficos, jurídicos, sociales y políticos desde que se

de forma temprana en ese proceso. *Cfr.* Rafael Caldera “La Constitución y el Estado de Derecho” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. 41, N° 99-100, Caracas 1985, pp. 9-20.

25 Señalar que este “Estado de Justicia” es algo distinto al “Estado de Derecho”, es decir a la juridicidad propia de este, es reconocer que no hay propiamente Constitución, pues las interpretaciones se harán de acuerdo a la particular concepción de “justicia” que tenga el operador jurídico, algo impensable en un “Estado democrático, social de derecho” que vela porque la supremacía constitucional y la consecuencia que detenta este principio se respete, en especial el que las interpretaciones y aplicaciones del derecho deben realizarse conforme a la Constitución. Es bueno al respecto destacar lo que dice el maestro Eduardo García de Enterría sobre el valor normativo de la Constitución. Dice el profesor lo siguiente: “La interpretación de una norma conforme a la Constitución es, pues ‘acomodar’ su contenido a los principios y preceptos de la Constitución [...] El carácter normativo de la Constitución no impone solo su prevalencia en la interpretación declarativa, sino también en la llamada interpretación integrativa, que colma insuficiencias de los textos legales a aplicar [...] La interpretación conforme a la constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales [...] Las Normas Constitucionales son, pues, ‘normas dominantes’ frente a todas la concreción del sentido general del ordenamiento” *Cfr.* Eduardo García de Enterría “El Valor Normativo de la Constitución Española de 1978” en *Constitución y Constitucionalismo Hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas 2000, p. 88 y 89.

26 *Cfr.* Carlos Rangel, *Marx y los Socialismos Reales*, Monte Ávila Editores, Caracas 1988, p. 13.

tiene conocimiento del pensamiento del hombre por las cosas propias de sí mismo o de la polis.

Sin pretender teorizar sobre el asunto, se ofrecen unas breves notas sobre algunos aspectos estudiados respecto a la referencia de “justicia” que hace nuestra Constitución de 1999.

Prima facie podemos señalar que la “justicia” al parecer nos muestra cuatro acepciones:

- Como Atributo del Estado;
- Como Valor;
- Como Principio y;
- Como Servicio Público.

No obstante, para poder definir la “justicia” como atributo del Estado, como “Servicio Público” y como Principio, pareciera imperioso definir primero a la “Justicia” como valor, aun cuando habrá que reconocer que los valores son muy difíciles de definir, pues los mismos son fáciles de percibir pero su definición escapa muchas veces a su real dimensión.

En cambio, resulta mucho más fácil describir el caso de la “justicia” como servicio público²⁷ -*Administración de Justicia*- puesto que ésta pareciera sugerir una forma de materialización de la “justicia”, pero no la justicia como un todo, es decir, como valor.

Sin embargo, la “justicia” como principio, pudiera entenderse a su vez, como un enunciado lógico que se admite como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un campo del saber. De hecho en la “ciencia” del Derecho, -*si es que se le puede llamar ciencia*-, esta acepción de principio se basa en su significación lógica, pues en su acepción ética equivale a “valor” y requiere, previamente, la definición como valor, con lo cual el principio deviene entonces en una “verdad fundamental” de un sistema de conocimiento, admitida como tal por ser evidente, por haber sido comprobada o por motivos operacionales.²⁸

De acuerdo con esta explicación tomada del filósofo del Derecho Miguel Reale, queda por ver el problema de la “justicia” como atributo del Estado, recordando que para ello también es necesario definir a la “justicia” como valor, pero en este punto lo correcto, sería entender a esa “justicia” como aquella que está expresamente prevista en el orden jurídico positivo²⁹.

27 Al respecto no entraremos a discutir la complejidad del concepto de “servicio público”, sino que se emplea en este momento como una asociación que se le hace a la “justicia” cuando se liga a la Administración de Justicia. Para una comprensión de este concepto de “servicio público,” pueden estudiarse con buen provecho, las obras de los profesores y juristas venezolanos, Allan R. Brewer-Carías, Eloy Lares Martínez, Víctor Hernández Mendible, José Araujo Juárez y con mucho énfasis recientemente a José Ignacio Hernández G. *Cfr.* José Ignacio Hernández G “Un Ensayo sobre el Concepto de Servicio Público en el Derecho Venezolano” en *Revista de Derecho Público* N° 82, Caracas, 2002, pp. 47 y ss., y del mismo autor “Superación de la Crisis Conceptual del Servicio Público”, en *Revista de Derecho Administrativo* 17, Caracas 2003, pp. 123 y ss.

28 *Cfr.* Miguel Reale, *Introducción al Derecho*, 9ª Ed, Ediciones Pirámide, Madrid 1989, pp. 140 y 193.

29 Si entendemos a la “justicia” como derecho, tendríamos el inconveniente que reconocemos de que en algún momento la “justicia” como valor entre en colisión con el derecho, con el orden jurídico positivo. De hecho el operador jurídico que se enfrentará a la resolución de una controversia con arreglo a derecho, dedicará innegablemente una parte de sus razonamientos a examinar si la decisión que habrá de tomar con arreglo a derecho es “justa”, con lo cual se presentara el problema

Esa definición de valor es la definición del atributo que la Constitución le da al Estado venezolano, con sus valores agregados en el artículo 2 constitucional que lo completan y le dan sentido.

Habrà que recordar *-pues es importante-* que la “justicia” como valor, es una sola, que se manifiesta en muchas aristas, actos, conductas humanas, pero que aplicada a cualquier acto, conducta o materia no deja de ser “justicia”. Recordemos que la “justicia” es un ente verdadero y único, por tanto decir “justicia administrativa” es agregarle un accidente ajeno a su esencia como lo es decir “justicia constitucional” o “justicia socialista”, aún cuando los dos primeros en especial aluden a unas realidades históricas importantes en el caso del derecho público.

De hecho, anteriormente aludíamos a la “justicia” en una acepción como “servicio público”, sin embargo en ligazón con lo ya expresado, advertimos que tal uso es igualmente impreciso, y quizás sea por ello que ya no es empleado, puesto que el “servicio público” es un instrumento, un medio, con lo cual aplicamos lo anteriormente dicho, es decir que a través de él se busque la materialización de la “justicia” no significa que el medio reduzca y encierre al fin.

Por ello es que es importante destacar y retener que la “justicia” siempre se mantiene como valor, independientemente del medio a través del cual se manifieste. Por tanto, la “justicia” no siendo un “servicio público”, deviene en un valor, y como tal, es trascendente.

V. EL VALOR JUSTICIA. CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL

Por supuesto que uno siempre se preguntará ¿Qué es la justicia en definitiva?

La respuesta pareciera ser *-no que sea-* un valor, un ente ideal, parte de la realidad sólo asequible a la razón, a diferencia de la realidad material que requiere, además de la razón, el auxilio de los sentidos. De hecho, como ente ideal es objetivo y trascendente a la razón, pues sólo lo capta pero no lo inventa.

En base a esta objetividad, racionalmente se puede decir si algo está apegado a ese valor *-si es justo o no justo-*. De hecho, recordemos que como tal, los entes ideales no producen efectos en la realidad por si mismo, pues requieren para su materialización en lo físico o psíquico, un comportamiento humano, y ello aplica por igual al caso del artículo 2 constitucional.

Esto último es vital, ya que los entes ideales no se “auto-ejecutan”. Sin embargo, el hecho de que la realización de los entes ideales requiera siempre la presencia de una conducta humana por la imposibilidad de su “auto-ejecución” no puede dar motivos a sostener la teoría opuesta a la “autoejecutoriedad” de los entes ideales, como es la conocida postura “relativista”.

El relativismo postula que los valores carecen de carácter objetivo, real y que son creados por el acto humano que en verdad, abstracción hecha de los valores fabricados, se contenta con materializarlos o con pensarlos.

de que muy probablemente en el orden de prelación de valores prive el de la seguridad jurídica antes que el de la justicia, o como bien afirma el profesor Agustín Gordillo “...pensará también en casos extremos, si hará justicia aunque perezca el mundo (*fiat iustitia pereat mundum*), o si en el orden de prelación de los valores el valor seguridad en último análisis prevalece sobre el valor justicia (Radbruch)” Cfr. Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, *Las Limitaciones al Conocimiento Jurídico*, Editorial Trotta, Madrid 2003, p. 79.

Werner Goldschmidt, respecto a esto decía que:

“...El relativismo de los valores no es sino una aplicación especial del idealismo genético, ya que el carácter absurdo de éste merece extenderse a aquél. En efecto, inferir que la eficacia de la solución justa requiere la actividad del juez, que es el juez quien inventa la solución justa, es como inferir que la eficacia de las reglas matemáticas o físicas requiera de los cálculos, que son los cálculos los que crean las reglas matemáticas o físicas. O que la eficacia de la matemática es creada por el matemático. Y estas inferencias son tan absurdas como esta: inferir del hecho de que algo material debe hacerse consciente para que cobre existencia para mí, el hecho de que yo creo lo material al hacerlo consciente. Como tal, la justicia es un valor natural absoluto”³⁰.

Claro que el derecho, por su esencia, plantea una pretensión a la “justicia”, no obstante, que la justicia exige generalidad de la ley, igualdad de todos ante la ley. Una exigencia erigida en forma de “justa” significaría que se está dispuesto a conceder a los demás lo que para sí se pretende, con lo cual, la idea del derecho no puede ser otra que la “justicia” entendida en este sentido.

De hecho, se justifica el examen de la “justicia”, como punto de partida, ya que lo justo –como lo bueno, lo verdadero y lo bello– es un absoluto, es decir, un valor que no puede derivarse de ningún otro³¹.

Así el “Estado de Justicia” no trascendería al “Estado de Derecho”, más bien lo completaría siempre. De hecho, esta sería la cabal interpretación jurídica y no como se ha tratado de formular o entender como fórmula ligada al “socialismo”, pues ello sería desconocer que incluso el fin primordial del Derecho es la “justicia”.

El origen contrario, quizás sea el razonamiento recogido por un sector de la doctrina venezolana que tergiversa un poco la doctrina Argentina que recoge algunas posturas de los movimientos justicialistas, y por otro lado el antecedente en el derecho comparado muy hispano de la falange española de las “jons” en las leyes fundamentales de los años cincuenta, y del caso Alemán con la idea del “*justizstaat*” con arraigo constitucional en el artículo 19.4, 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Tales orígenes deben ser analizados a la luz de lo ya expresado y en los contornos históricos precisos, pues de no hacerse así, se estaría fomentando un erróneo concepto del “Estado de Justicia” como el esbozado aquí, y que creemos haber aclarado.

Ahora bien, es preciso esclarecer varias cosas más:

1. El añadido de “justicia” ya explicado más o menos en su naturaleza, no generaría ninguna contradicción lógica, con el “Estado de Derecho”. De hecho, el derecho y la “justicia” devendrían en ideas-valores que no se contradicen al menos en esta formulación teórico-política, pues recalquemos que la “justicia” es un objetivo o ideal a alcanzar en toda sociedad humana y en un “Estado de Derecho”, es precisamente el derecho el que proporciona los medios, los instrumentos necesarios para conseguir ese ideal.

30 Cfr. Werner Goldschmidt, *Introducción Filosófica al Derecho*. 4º Ed, Ediciones Depalma. Buenos Aires 1973, pp. 369 a 375.

31 Cfr. Werner Goldschmidt, *Introducción Filosófica al Derecho*, ob. cit. pp. 369 a 375.

Desde mi punto de vista la referencia al “Estado de Justicia”, que realiza la constitución de 1999 debe enmarcarse en la cláusula de “Estado de Derecho”, lo que supone la aplicación del principio de constitucionalidad o de supremacía constitucional.

2. Por otro lado, aun cuando la expresión “justicia” pareciera sugerir algo más, muy probablemente quiere expresar que el derecho no solo serán las normas escritas, sino que incluso quedarían incorporados los “Principios generales del derecho”.

Por tanto el derecho así entendido se proclama que debe ser “justo”, aun cuando esto de igual forma nos lleve a discutir si en definitiva se pretende trascender del puro “positivismo jurídico”, al denominado “derecho natural”³².

Pero de ser así, los órganos que ejercen el poder publico deberán actuar conforme a las normas, pero además aquellas normas deberán ser justas³³. Por otra parte, el precepto contempla dos veces la palabra “justicia” como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, ello también nos lleva a pensar que en el primer caso la referencia a la “justicia” podría contemplar el hecho de que serán los tribunales de justicia los que controlarán el respeto del derecho, lo que algunos entienden como “Estado Constitucional” o “Estado Jurisdiccional de Derecho” y en el segundo caso al valor “justicia”.

VI. NOTAS FINALES

En el preámbulo de la constitución, el “Estado de Justicia”, vendría a ser un reforzamiento de la cláusula del “Estado democrático, social de Derecho”, comprometido con el progreso integral de los venezolanos y con el desarrollo humano que permita siempre una calidad de vida digna a todos los ciudadanos.

Es decir, que en la expresión “Estado de Justicia”, se alude a un sentido plenamente material, apuntado a la idea de “justicia social”, solidaridad, e incluso mas allá, a la “dignidad de la persona”, que por cierto no está expresada claramente en el artículo 2 como valor superior.

El concepto sigue siendo ambiguo e impreciso, con el peligro de interpretación en ambos sentidos opuestos y contradictorios, reconociendo que la expresión “Estado de Justicia”, parece proceder de la doctrina germánica, en la que sería equivalente a “Estado de Derecho Material”, es decir a un tipo de Estado donde impere el derecho entendido mas allá de la simple legalidad positiva, formal, lo que no conduce en ninguna forma a pensar que ese es el “Estado Socialista”.

El uso que se haga de esta expresión es difícil de precisar, y en efecto, siempre conllevará a la duda de si termina oponiéndose al “Estado de Derecho”, liberal y tradicional, pues apelando a la “justicia material” se puede justificar cualquier decisión.

32 Sin embargo habría que detenerse a las contradicciones de la constitución si lo analizamos desde el punto de vista del derecho natural en el que abundan inmensas contradicciones a pesar de que en el preámbulo pareciera desprenderse una clara influencia “*ius naturalista*”.

33 Cuando se dice que las normas deben ser “justas” ese criterio debería estar determinado por la constitucionalidad de la norma, que puede ser examinado por el juez mediante el “control difuso” o por el “control concentrado” a cargo de la “jurisdicción constitucional” Cfr. Arts. 7, 334, 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5453 del 24 de Marzo de 2000.

Por lo pronto esperemos que no se repitan ni la propuesta del “Estado de Justicia Socialista” tan sin sentido, falta de argumentos y confuso, como tampoco la idea reiterada de ver al “Estado de Justicia” como algo distinto al “Estado de Derecho”, puesto que siempre terminarían ambas ideas en atrasar los avances de nuestra doctrina y jurisprudencia y de nuestro complicado proceso nunca agotado de conquistar un real “Estado de Derecho democrático” en donde esa “justicia” siempre debe ser la mas expresión genuina de que vivimos en un gobierno de leyes y no de hombres³⁴.

34 Estas aspiraciones de vivir en un gobierno de leyes y no de hombres, de “nomocracia” genuina, son de vieja data, y las podemos encontrar tanto en el llamado “Decreto de Garantías”, dictado por el General en Jefe Juan Crisóstomo Falcón, en su condición de Presidente de la República, el 18 de agosto de 1863, como en el del Decreto N° 217, de 15 de marzo de 1946, dictado por la Junta Revolucionaria de Gobierno al convocar a una Asamblea Nacional Constituyente como algunos de tantos momentos históricos-jurídicos que realzan esa aspiración. En el primero, *-el Decreto de Garantías-* se expresa claramente con un único considerando: “Que triunfante la revolución **debe elevarse a canon los principios democráticos proclamados por ella y conquistados por la civilización, a fin de que los venezolanos entren en el pleno goce de sus derechos políticos e individuales**” (Destacado nuestro), y respecto al segundo, el Decreto N° 217, de 15 de marzo de 1946, dictado por la Junta Revolucionaria de Gobierno al convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, se señala que “Que uno de los objetivos fundamentales de la Revolución de Octubre de 1945 ha sido el de integrar una Asamblea Constituyente, mediante la consulta verdaderamente amplia, libre y honesta al pueblo venezolano; **Asamblea llamada a dotar a la República de una Carta Fundamental que contenga los modernos principios de la democracia, el derecho y la justicia social y corresponda así adecuadamente a las necesidades históricas de la Nación**” (Destacado nuestro). Estos principios siguen reconocidos en el *iter constitucional* y a ellos debe sujetarse nuestro entendimiento de la “justicia” y del “Estado de Derecho”. De hecho esta “justicia social” que plasma la Segunda República liberal democrática, instaurada a partir de 1958, como lo refiere siempre el profesor Germán Carrera Damas, no alude a nada distinto que a una “justicia” que sea la expresión genuina de un “Estado de Derecho legítimo”.

Comentarios Monográficos

COMENTARIOS SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL RECHAZO POR EL PUEBLO SOBERANO A LA INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 2 DE DICIEMBRE 2007

Nelson Socorro

Resumen: *El Autor realiza un análisis inédito sobre las consecuencias jurídico-constitucionales de la decisión que tomó el pueblo de Venezuela, cuando negó su aprobación, a la solicitud de modificación de la Constitución. Se estudian aspectos formales y de fondo relacionados con el proceso preparatorio del acto de sometimiento al pueblo, y las consecuencias de la negativa: constitucionalización de las materias y aplicación a las mismas del “principio de la cosa juzgada constitucional”. Se concluye que el conjunto de temas que fueron objeto de la negativa del pueblo no pueden ser modificados por ningún poder, hasta el fin del presente período de gobierno.*

I. INTRODUCCIÓN TEMÁTICA E HISTÓRICA

1. *Preámbulo*

1. Francois Mitterrand, Presidente de la República de Francia, expresó en unos de sus discursos la siguiente frase: “La Constitución, solamente la Constitución, nada más que la Constitución”.

El jurista francés M.H. Fabre., expresó en su obra “*Principes Republicans de Droit Constitutionnel*” lo siguiente: “En la teoría marxista la Constitución escrita no sirve para proteger a los ciudadanos contra el gobierno, contra el poder...”; “.. sino para reforzar el control del Estado sobre el ciudadano...”; la carta magna “...no es una ley superior a otras leyes, sino que por el contrario, es una ley ordinaria que otras leyes posteriores podrán siempre modificar o derogar...”; el régimen constitucional marxista, se instaura, “...sin destruir la Constitución burguesa en vigor, respetándola bajo el disfraz de una simple revisión constitucional...”; “...esto se denomina, fraude a la constitución”, y los marxistas “...utilizan los procedimientos de revisión de la Constitución de una manera desviada de sus fines, la Constitución sirve para hacer la revolución... (frases fuera de paréntesis y subrayados nuestros).

2.- Las citas de F. Mitterrand y M.H. Fabre, que anteceden, son expresión extrema de dos concepciones divergentes.

La primera de quien fue Presidente de ese país por el partido socialista, y Ministro durante largos períodos de gobierno, es la que inspiró a Hugo Chávez presentar la Constitución de 1999 y paradójicamente, al pueblo venezolano, a votar en el referéndum que tuvo lugar en Venezuela el 02 de diciembre de 2007.

La segunda, contiene en esencia, tanto la ideología como la metodología que inspiraron a Hugo Chávez, sus seguidores y a su régimen en el 2007, a proponer la reforma rechazada y a actuar como lo están haciendo, después de esa derrota. De su lectura se comprende el porqué: i) Hugo Chávez después que trató de derrocar en 1992 a las autoridades

legítimamente electas conforme a la Constitución de 1961, cambia tácticamente de posición y se presenta como un demócrata a las elecciones de 1998; ii) Se negó a juramentar cuando fue electo presidente, conforme a lo obligaba el texto de 1961, y la declaró como “Constitución moribunda”; iii) Creyendo que había adormecido al pueblo y en franca violación de las normas y deberes de “la mejor Constitución del mundo” (*sic*), propuso el 2 de diciembre de 2007 un referéndum que de haber sido aprobado, habría sumido en el caos al país.

3.- A pesar de que esa iniciativa de Reforma Constitucional fue derrotada, personeros del régimen, propugnan “una nueva reforma”, e incluso “la convocatoria a una Asamblea Constituyente”, para que vuelvan a decidirse los mismos temas, reformas, y modificaciones de principios, y como si nada hubiese pasado, el Ejecutivo y el Legislativo frente a una Sala Constitucional muda, están ejecutando políticas, leyes, decretos leyes, decretos y decisiones para aplicar reformas que el pueblo negó en el fracasado intento de modificación constitucional.

4.- En éste trabajo, se pretende analizar e interpretar la Constitución a través de una exégesis de su texto, con el apoyo de doctrina y jurisprudencia extranjera, orientados por la inspiración de los constituyentes de 1999, con el objeto de determinar los alcances de la negativa del pueblo frente a la tentativa de fraude y fijar una posición frente a los futuros intentos del régimen de lograr los mismos objetivos por cualquier medio.

5.- Quien suscribe ha hecho una investigación en derecho comparado y ha seguido en la interpretación de las normas constitucionales, la orientación uno de los más respetados autores de derecho constitucional suizo, el jurista J.F. Aubert. En ese país se habían celebrado hasta 1966 la astronómica suma de 146 votos referendarios sobre la constitución, de los cuales 73 de revisión total y 71 de revisión parcial. Hasta esa fecha 72 iniciativas habían sido exitosas, y 74 rechazadas¹. Aubert en su introducción expresa, cito: “La Constitución...a los efectos de su aplicación, a veces es necesario interpretarla. La Constitución se compone de frases, las cuales tienen la enfermedad de todo lo que es expresado a través del lenguaje común, y, estas frases deben traducirse, porque pueden ser oscuras, ambiguas o falaces. Oscuras, cuando no tienen un sentido preciso; ambiguas, cuando tienen muchos sentidos y falaces, cuando su sentido aunque preciso no se corresponde con la regla subyacente. Corregir estos defectos, es el rol del intérprete”².

6.- Aubert, nos propone varios métodos de interpretación, entre los cuales se destacan:

a. Método del texto claro: Éste se usa cuando las palabras, la sintaxis y la disposición que utiliza el autor (parlamento o constituyente) otorga una respuesta clara a la pregunta que se le plantea (al intérprete), estando éste obligado a traducir fielmente la regla subyacente.

b. Método Histórico: Se emplea cuando el texto, no tiene un sentido preciso y se puede entender en varios sentidos, debiendo entonces el intérprete esforzarse en descubrir lo que el legislador (constituyente) quiso decir. Precisa el autor que es necesario en estos casos, examinar: la voluntad subyacente, las circunstancias que rodearon la génesis de la ley (constitución), la intención del autor, el cambio de las circunstancias histórico-objetivas, su inadaptación a las circunstancias actuales, concluyendo que, en términos de derecho constitucional, los textos deben ser entendidos en el sentido que “razonablemente se les atribuyo en el momento en que fueron adoptados”.

1 J.F. Aubert, *Traite de Droit Constitutionnel Suisse*, Volumen I, Neu Chatel, 1967, pp. 177 y ss.

2 J.F. Aubert, *Traite de Droit Constitutionnel Suisse*, *op. cit.* pp. 116.

c. Método Teleológico: A veces ni las ideas generales prevalecientes en el momento de su adopción, ni los trabajos preparatorios son claros, sobre todo en el caso de los referendos. Mediante este método se busca el fin que perseguía el legislador (constituyente) para determinar, si éste aparece en forma clara. Si el fin es claro, entonces el intérprete le otorgará al texto el sentido que le permita alcanzar el fin, teniendo en cuenta las circunstancias actuales .

d. La interpretación creadora: Cuando los otros métodos fallan, o cuando la ley (constitución) persigue varios fines, o existen varios medios para alcanzar el fin que ella persigue, el intérprete queda en libertad de otorgarle al texto la significación que le parezca más justa. Acota el autor que esta libertad es frecuente en materia constitucional, pero que en todo caso “la misión del intérprete es la de verdaderamente perfeccionar la construcción del edificio constitucional”.

Con la ayuda de este y otros autores trataremos de aclarar el panorama.

2. Aspectos temáticos: La Soberanía y El Referéndum

7.- Según la teoría constitucional el pueblo es el titular, “el órgano supremo que expresa la voluntad de la nación” . El pueblo es “el gobernante primario” , por ello es que aprueba, enmienda y modifica la constitución: ley de leyes, y en cabeza de él “se opera la concentración del poder supremo y llamado a constituir todos los órganos del Estado a través del nombramiento directo de las personas que son sus titulares” . Estos (los órganos) integran la “dirección suprema del estado” . El pueblo ejerce el “poder total del Estado”, mientras que los titulares de los órganos estatales “solo lo ejercen en su nombre” .

8.- En 1999, en Venezuela se llevó a cabo un cambio de trascendental importancia, con la entrada en vigencia de una nueva Constitución, la cual introdujo el **principio de participación**, sustitutivo y modificativo en una serie de casos **del principio de representación**.

9.- De acuerdo con el segundo de ellos, cuando el ciudadano votaba, en casi todos los casos nombraba “un representante”, y cuando a su vez éste votaba o aprobaba determinados actos, lo hacía en nombre de sus representados. La consecuencia era que dichos actos sólo podían ser derogados o modificados por los mismos representantes que los habían votado o aprobado, salvo casos expresamente previstos en la Constitución o la ley. El cambio de 1999, implicó el acceso a nuevas figuras que permitieron la participación directa de los electores, del pueblo, en el control de la actuación llevada a cabo por los funcionarios electos. A partir de esa fecha se le otorgó a fracciones del electorado el derecho de convocar referendos, consultas populares, revocar mandatos, iniciativas constituyentes, constitucionales y legislativas, asambleas de ciudadanos, cabildos abiertos, figuras que presuponen una actuación directa de aquel cuerpo electoral en lo político, el cual decide por mayorías puntuales el destino final del asunto sometido a su consideración.

10.- Cuando este “cuerpo electoral”, vota sí o no, sobre un tema, “revoca un mandato, se opone a una reforma de un texto constitucional, de una ley o a una decisión”, se transforma “en pueblo”, en “poder supremo”, en “soberano”, en la última instancia decisoria.

11.- Si se trata de un cambio de la Constitución, el poder que ejerce el pueblo se denomina “poder constituyente”, ya que el acto aprobatorio mediante el cual entró en vigencia ese texto fue producto del ejercicio de ese poder . Esta prerrogativa o competencia sólo le corresponde y le pertenece al pueblo y nada, ni nadie, la puede discutir, limitar ni cercenar .

3. *Aspectos históricos: el referéndum del 2 de diciembre de 2007*

12.- El objeto **de la Reforma Constitucional**, es realizar un cambio total o parcial de la Constitución o la sustitución de algunas de sus normas, sin afectar ni la estructura ni los principios fundamentales.

13.- En ejercicio de la competencia que estas normas le otorgaban a los Poderes Públicos, uno de ellos el Poder Ejecutivo, sometió al pueblo mediante un referendo, su proyecto de reforma.

14.- El acto referendario fue precedido por un gran debate entre quienes apoyaban al Presidente y a sus seguidores y quienes lo adversábamos.

15.- El Presidente de la República le advirtió al país desde principios del año 2007, que tenía la intención de convocarlo a una reforma de la que hasta entonces, él mismo había denominado “la mejor Constitución del mundo”. Meses más tarde, con un gran despliegue de publicidad, y sin competencias constitucionales ni administrativas para ello, procedió a la institucionalización de un **Consejo Presidencial** para que conociera y corrigiera su proyecto de reforma. Coetáneamente con su enorme y desmedido poder, instó a todos los organismos oficiales, gobernaciones, alcaldías y demás entes públicos afectos al régimen, para que invirtieran cuantiosos recursos mediáticos a favor de la bondad de la reforma por él planteada. Desplegó a lo largo y ancho del país a todos los funcionarios y ciudadanos adscritos a los programas denominados “misiones”, con el mismo objeto, distrayéndolos de sus fines fundamentales y en fin, llevó “urbi et orbe”, su mensaje acerca de la bondad, necesidad, conveniencia y urgencia de aprobar la reforma. Por último conminó y doblegó a la Asamblea Nacional a conocer y aprobar su proyecto, el cual ésta amplió, profundizó y extendió ostensiblemente, en permanente y evidente consulta con él.

16.- Uno de los temas más controvertidos y discutidos, fue el de inquirir y determinar si el objeto del proyecto correspondía a la categoría denominada “Iniciativa de Reforma Constitucional”, o a la de “Asamblea Constituyente”. Diferenciadas cuantitativa y cualitativamente ya que cada una implica costos, procesos, métodos, órganos y medios totalmente diversos, la Reforma, es producto de la interacción de los poderes constituidos, solos o conjuntamente con un porcentaje del electorado, los cuales después de cumplir con un proceso interno, relativamente fácil, poco costoso, limitado, rápido y con resultados absolutamente predecibles, someten el proyecto al pueblo, vía referendaria, para que éste exprese su acuerdo o desacuerdo; la Asamblea Constituyente por su parte, es compleja, complicada, absolutamente imprevisible, y en su iniciativa, pueden intervenir a veces un porcentaje del electorado y otras veces los poderes constituidos pero su característica fundamental, y esta es quizá la razón por la cual el Presidente Chávez no convocó al pueblo por este mecanismo, es que es organizada, dirigida y efectuada por ese mismo pueblo. Su objeto es el de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico.

17.- Una vez que fueron conocidas las grandes líneas del proyecto, algunos de sus adversarios acudieron a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo adelante “la Sala”), alegando que la Iniciativa de Reforma modificaba la estructura y principios fundamentales de la Constitución y su conocimiento y decisión debía ser el objeto de una Asamblea Nacional Constituyente.

18.- Es extremadamente importante analizar el papel que asumió a lo largo de todo este proceso esa Sala, ya que “máximo y último intérprete de la Constitución y vigilante de su uniforme interpretación y aplicación”, no decidió los planteamientos de quienes sostenían que los contenidos del Proyecto de Reforma eran materia que debía ser sometido a una

Asamblea Nacional Constituyente, y ni siquiera optó por el diferimiento del tema, para poderse pronunciar con tiempo, sobre un asunto de esa envergadura.

En este orden de ideas nos llamó la atención en primer lugar, la participación de la Presidenta de la Sala, quien a su vez fungía como Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, como Secretaria de un Consejo Interno de la Administración.

En segundo lugar, le pareció inconcebible a los medios jurídicos, que esa Magistrada desconociera que en dichos consejos las decisiones se tomaran por la mayoría de los votos de sus integrantes (ver nota anterior).

En tercer lugar, no se puede explicar aun hoy en día, la imprevisión de la Sala, al desestimar el hecho que podrían eventualmente presentarse recursos de interpretación: a) con respecto al procedimiento previo seguido para la elaboración de la iniciativa de Reforma Constitucional; b) en relación con sus contenidos; y, c) con respecto a la emisión de opinión previa que hubiese podido emitir su Presidenta, como Secretaria Ejecutiva de ese Consejo.

En cuarto lugar fue evidente el sesgo político, concretado en la abstención de la Sala, al permitir que se sometiera al pueblo una proposición de reforma que aparentemente “no modificaba ni la estructura, ni los principios constitucionales”, cuando es obvio y evidente que ese era su único objetivo, como se desprende de los siguientes aspectos del proyecto: a) del número de artículos que hubiesen sufrido modificaciones: **sesenta y nueve**; b) los temas tratados (que enumeraremos exhaustivamente más adelante en el N° 30) .; c) la magnitud de los cambios que ocasionarían la creación de nuevas instituciones y figuras en aspectos: políticos, económicos, militares, financieros, territoriales, y otros. La decisión y el silencio de la Sala, frente a estos importantísimos y trascendentales asuntos, fue interpretado por todos los venezolanos como un acto aprobatorio de ese alto tribunal. En otras palabras, su abstención fue interpretada como una especie de silencio positivo.

19.- Es necesario recordar además, que la Presidenta de la Asamblea Nacional y dos de los integrantes del Poder Moral: el Fiscal General y el Defensor del Pueblo, fueron designados *ex officio* para formar parte del Consejo Presidencial, y avalaron también con su activa participación y posterior silencio, el proyecto y su calificación como “Iniciativa de Reforma Constitucional”.

20.- Realizado este brevísimo recuento histórico, analizaremos en una primera parte, el procedimiento regulatorio de la iniciativa de reforma; en una segunda parte, las consecuencias de la negativa popular a la iniciativa de reforma; en una tercera parte, las consecuencias y complejidades de una convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, para terminar con una conclusión general.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO REGULATORIO DE LA INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VÍA REFERENDARIA:

21.- La Constitución puede sufrir modificaciones de tres categorías: la primera, **la Enmienda**, se refiere, cuantitativamente a pocos artículos, pero cualitativamente, estos no pueden alterar su estructura fundamental; la segunda, **la Iniciativa de Reforma**, sólo puede tener como fin una revisión parcial del texto, pero sin modificar su estructura, ni principios fundamentales; la tercera, **la Asamblea Nacional Constituyente**, es necesaria cuando se pretende “transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico e implica redactar una nueva constitución”

22.- El Constituyente, discriminó taxativa y restrictivamente los diferentes aspectos a ser observados, cumplidos y ejecutados por los órganos involucrados, en la delicada materia

referida a la **Iniciativa de Reforma**, dejando los casos de enmienda y de Asamblea Constituyente con una reglamentación muy tenue.

23.- El proyecto de reforma activa el mecanismo de sometimiento de la iniciativa del Poder Ejecutivo a la potestad de la AN, de forma tal, que este órgano tiene que aprobar, en dos o tres discusiones, su contenido, alcance, validez y adecuación, con independencia de quien tenga la iniciativa.

24.- Además de todo lo anterior, la Sala Constitucional podría haber declarado nulo el acto de la Asamblea Nacional, o del Presidente de la República, con base a las atribuciones y competencias que le otorgan los artículos: 335, y 336 numeral 4°. Al no haberse pronunciado en tiempo hábil (la mayoría de sus miembros consideraron, que la misma se adecuaba a lo establecido en los artículos 342 y ss), perdió el control sobre los efectos del acto, en la medida que el pueblo se pronunció negativamente en el referendo; en efecto en estos casos, considero que la expresión de la voluntad popular, independientemente de que sea positiva o negativa, es total, omnicomprendensiva, globalizadora y absoluta, en el sentido de que convalida o destruye los actos efectuados antes de su concurrencia. Gracias al mecanismo descrito, cuando el soberano depositó sus votos en forma mayoritaria, eliminó los vicios que afectaban la expresión de voluntad de quienes tenían la iniciativa, si este fuere el caso, mucho más si tomamos en cuenta que esa votación fue masiva. Se produjo una especie de **“saneamiento del proceso previo a la formación del acto”**

25.- La Iniciativa de Reforma solo puede ser presentada una vez cada período constitucional. Para determinar esta noción de “período constitucional” a la que se refiere la Constitución, debemos atender al periodo de quien toma la iniciativa y participa en su elaboración y aprobación. En el caso presente nos referimos a los órganos Presidente de la República y Asamblea Nacional. Esto es muy importante por cuanto **hay una sola reforma posible** por cada período. La palabra **Reforma** está escrita a lo largo del articulado de la Constitución en singular, y cuando el constituyente la usa en plural, es por necesidades gramaticales (primera frase del artículo 346, constitucional). Por otra parte, en el caso de la reforma vía Enmienda, ésta palabra está siempre escrita en plural, lo que significa que se pueden realizar varias enmiendas en un solo periodo. .

26.- La negativa del Pueblo Soberano oponiéndose a la Reforma de la Constitución en los aspectos, artículos, disposiciones y modificación de normas, tiene efectos *“erga omnes”*, y suspende cualquier iniciativa, en la cual estén involucrados los poderes públicos para iniciar o aprobar cualquier texto con el objetivo potencial de reforma legal o reglamentaria, así como cualquier reforma constitucional que tenga iguales propósitos relacionados con **los contenidos incluidos en la iniciativa de reforma negada**. Nos encontramos, salvo las excepciones que a continuación se citarán, ante un caso similar al de **“cosa juzgada constitucional”**, y tenemos que concluir en consecuencia que el proceso fue perfecto. En el siguiente punto veremos el por qué de estas afirmaciones.

III. CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA POPULAR FRENTE A LA INICIATIVA DE REFORMA

27.- Sectores políticos, jurídicos, administrativos y populares que adversaron el proyecto de reforma, se han sentido conmovidos y sorprendidos por declaraciones emitidas por el Presidente de la República, por algunos Diputados y por portavoces del gobierno, quienes después del 2 diciembre de 2007, hablan “de introducir una **reforma (sic) similar**, que llevarán a cabo por otras vías”, llegándose a expresar que se desarrollarán estas materias a través de normas legislativas. Por otra parte estamos observando cada día la aprobación de normas contrarias a lo decidido por el soberano el 2 de Diciembre de 2007.

28.- Quien suscribe opina, que las posibilidades de introducir reformas por vía legislativa, directa de la Asamblea Nacional o indirecta por vía de nuevas habilitaciones legislativa **o habilitaciones vigentes**, han quedado completamente excluidas del panorama jurídico venezolano durante el lapso contado entre el 02 de diciembre de 2007, y el fin de este período constitucional, en base a las razones, opiniones y análisis siguientes.

29.- **Todos** los contenidos programáticos, normativos, lingüísticos, administrativos, políticos y de cualquier característica que estén contenidos en el proyecto rechazado, **y que no estén expresamente regulados autorizados o previstos en la Constitución de 1999**, quedan excluidos de cualquier reglamentación, regulación, legislación o iniciativa de reforma planteada o por plantearse durante el término de este período constitucional, tanto de las leyes que la Asamblea Nacional pretenda sancionar, así como las decisiones o políticas que quiera tomar el Presidente de la República en forma autónoma

30.- En efecto la negativa del pueblo soberano implicó que materias objeto de este referéndum, pasen a formar parte de lo que se podría denominar **“una reserva o capítulo especial de materias”**: intocables, intangibles, rígidas, hasta el final de ese período.

Estas materias, conceptos, denominaciones, figuras, instituciones y nociones son entre otras, las siguientes :

- i. Poder comunal, comunas, ciudades comunales, autogobiernos comunales.
- ii. Estado socialista, socialismo, socialismo bolivariano, propiedad social, propiedad comunal, propiedad mixta, propiedad colectiva, sistema de economía socialista.
- iii. Voto paritario en las universidades.
- iv. Regiones especiales militares.
- v. Poder Popular, nueva geometría del poder, consejos del poder popular.
- vi. Fuerza Armada Bolivariana popular y antiimperialista.
- vii. Disminución de la edad para votar.
- viii. Misiones como forma de administración de los dineros públicos.
- ix. Reelección indefinida del Presidente de la República.
- x. Modificación de los mecanismos constitucionales para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.
- xi. Manejo de las reservas del B.C.V. por el Presidente de la República.
- xii. Modificación de las normas constitucionales referidas al Banco Central.
- xiii. Democracia socialista, asambleas de ciudadanos del poder popular.
- xiv. Delegación de poderes constitucionales al Presidente para cambiar la economía a economía socialista.
- xv. Doctrina militar bolivariana, guerra popular de resistencia.
- xvi. Cambios en la estructura territorial.
- xvii. Municipios, provincias federales.
- xviii. Municipios Comunales.

xix. Cambios en las competencias que en la actualidad tienen los Estados y los Municipios.

xx. Modificación del situado Constitucional.

xxi. Delegación o atribución de las competencias de los Estados y Municipios a los Consejos Comunales.

xxii. Principios bolivarianos de educación.

xxiii. Planes estratégicos funcionales.

xxiv. Nociones tales como, derecho a la ciudad, polos humanísticos de socialismo bolivariano, proyecto gran nacional.

31.- El conjunto de aseveraciones anteriores, están fundamentadas en el principio, según el cual la expresión de la soberanía del pueblo, de la cual emanan los órganos del Estado, y a la cual están sometidos, quedó concretada en el acto referendario del 02 de diciembre de 2007, no puede ser violada, modificada, tergiversada, burlada, ni en modo alguno desobedecida, por ninguno de estos órganos.

32.- Por el contrario, si la decisión del Soberano, hubiese sido la aprobación de la totalidad del proyecto o de algunos de sus bloques, ésta habría tenido efectos inmediatos y válidos, ya que estimo que este tipo de aprobaciones por **la naturaleza del órgano del cual emana “el pueblo soberano”, producen “el saneamiento de cualquier vicio”** que afecte al proceso, sobre todo tratándose de un caso en el cual participó más del 60% del electorado.

33.- Es mi opinión que tanto la expresión negativa como afirmativa del soberano, producen las mismas consecuencias de lo que se denomina en Derecho Constitucional **“Cosa Juzgada Constitucional”**. A estos efectos, es interesante, ya que no existe en nuestro país ningún antecedente en esta materia, la decisión del Consejo Constitucional de Francia (Órgano Constitucional similar a la Sala Constitucional del TSJ), el cual el 6 de noviembre de 1962, en ocasión de un recurso presentado por el Presidente del Senado de ese país, en el que se pedía la nulidad de una ley referendaria, decidió que, no tenía competencias para decidir sobre normas **“adoptadas por el pueblo como consecuencia de un referéndum, ya que éste constituye la expresión directa de la soberanía nacional”**... **“puesto que el referéndum no puede ser considerado como parte de la actividad de los poderes públicos, en la medida en que él constituye la expresión directa de la soberanía nacional”**. El Consejo Constitucional llevó al extremo su sentencia, expresando que no solamente “era incompetente” sino que “por las razones expuestas se veía imposibilitado hacer críticas sobre el fondo del problema declarando la ley referendaria fuera de toda duda (incontestable)”.

34.- En consecuencia, sobre la voluntad popular expresada en los rígidos términos que la Constitución impone, no puede, ni existe, actuación jurídica válida hacia el futuro que la contradiga ya que, cuando el pueblo soberano negó en bloque la totalidad de las normas contenidas en el referéndum **“el por ahora del Presidente de la República”**, se transformó en **“nunca jamás durante el resto de este periodo”**, por cuanto, ningún poder podrá modificar la Constitución en el sentido contrario a como lo decidió el pueblo el 02 de diciembre de 2007.

El problema es de tal complicación, desde el punto de vista jurídico-político, que sería imposible activar en este periodo constitucional, de nuevo el mecanismo de la reforma constitucional, a través de la solicitud que hagan un número no menor del 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral como lo establece el artículo 342 constitucional. De hacerse, esta iniciativa tendría que ser presentada de acuerdo a lo

establecido en el artículo 343, a la Asamblea Nacional, y esta instancia, al conocer, discutir y aprobar tal solicitud, violaría el principio de la soberanía y el artículo 7 constitucional, y todos los artículos conexos, puesto que tendría que adoptar una decisión inconstitucional, nula de nulidad absoluta por violación del principio de la soberanía popular.

IV. CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSECUENCIAS Y COMPLEJIDADES

35.- Como se ha expresado, el poder constituyente original “reposa en el pueblo”, “todas las personas y órganos están sujetos a la constitución” y “la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce en la forma prevista en esta constitución”.

36.- El número de filtros, análisis, discusiones, votaciones, aunados a la enorme publicidad utilizada para convocar a todos los electores para que asistieran al acto referendario, y la masiva participación del cuerpo electoral (60%), le otorgaron a esta decisión, excepcional trascendencia.

37.- La única conclusión que se puede obtener es que este proceso, tal y como ocurrió, porque así lo quiso el propio Gobierno y así lo asumió el pueblo de Venezuela, es que **fue perfecto, inobjetable, inequívoco, y es ahora incuestionable.**

38.- La pregunta que ahora nos debemos hacer, es si con su ocurrencia quedaron o no bloqueadas, congeladas, enervadas las facultades que tenía la parte del electorado perdedor, para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y tratar los mismos temas que ya fueron decididos y negados por el soberano.

39.- Este punto es de trascendental importancia. Cuando la Constitución se refiere a iniciativas habla del **electorado**, tal como lo expresan los artículos 71, 72, 73, 74, 341 (en el cual se habla de ciudadanos), 342, 344 y 348. Podríamos entonces afirmar que la noción de electorado es equivalente al de **pueblo en potencia**. Ese electorado se convierte en “**pueblo**” cuando se conforma una mayoría, por mandato constitucional, frente a un asunto a él sometido en base al **principio de la participación**. En otras palabras, cuando la Constitución de 1999 se refiere a la noción de **Pueblo**, está aludiendo a **la mayoría, al soberano**: así en el artículo 3, habla de la **voluntad popular**; en el 5, de la **soberanía popular**; en el 70, de **participación del pueblo en ejercicio de su soberanía**; en el 347, se expresa que “**El pueblo de Venezuela es el depositario del Poder constituyente originario...**”; en el 350, se refiere al **Pueblo de Venezuela**; y, en la Disposición Final Única, habla de la aprobación **del pueblo en referendo**.

En nuestra opinión, la decisión del 2-12-2007, fue obviamente expresión de la Soberanía Popular, en ejercicio del poder Constituyente. Fue en resumidas cuentas **El Pueblo de Venezuela**, al cual se refieren los artículos citados en el párrafo anterior, el que votó. Como consecuencia de ello, si se tratase de movilizar un porcentaje del electorado, que es lo que el Presidente y sus seguidores han dicho y quieren hacer ahora, para intentar su reforma a como de lugar, o si se tomaran decisiones contrarias a lo decidido el 02/12/2007, tendríamos que concluir **que esta movilizaciones y acciones son en contra del pueblo de Venezuela y violatorias de la Carta Magna.**

40.- El planteamiento de estas dudas, no deja de tener alguna lógica, con respecto a las aseveraciones, de que los partidarios del “Si”, es decir el propio Presidente y sus seguidores, puedan proceder a intentar una nueva iniciativa de reforma o una Asamblea Constituyente, y frente a los hechos que hemos observado en el curso de los últimos cuatro meses, de la acción

del gobierno que trata en forma, desesperada, inconsulta y anticonstitucional, ejecutar acciones, políticas y decisiones rechazadas en el referéndum el 02/12/2007.

A los medios jurídicos del país, nos toca analizar esta problemática y lanzar un debate sobre los límites de acción del ejecutivo, después de la mencionada fecha, para que la población asuma una posición frente a estos desafueros constitucionales.

Por último, es muy importante resaltar la inclusión del artículo 350 constitucional, sobre el derecho consagrado en el Capítulo denominado “DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL”. Esta inclusión no puede ser gratuita, accidental o provisional, adquiriendo la frase y palabra “**el pueblo de Venezuela... desconocerá**”, un sentido profundo. En efecto, independientemente de lo que sentenció en relación a éste tema la Sala Constitucional y vista su actuación a lo largo de éste proceso, y frente a un eventual desconocimiento por parte del régimen del Presidente Chávez o de las autoridades integrantes titulares del Poder Público, para convocar una nueva reforma de la Constitución, directamente o a través del 15% de los electores, o las 2/3 partes de los Consejos Municipales en cabildo, o frente a los desafueros del Presidente y del Régimen, tratando de imponer al pueblo, medidas, políticas, leyes y decisiones contrarias, a lo decidido por él, por mayoría de votos 02-12-2007, **¿no tipificaría ésta actuación un delito consistente en tratar de torcer y distorsionar la voluntad popular, lo que traería como consecuencia, la posibilidad de desconocer legítimamente tanto el régimen, como la legislación, y las decisiones de las autoridades de quienes emanen estas decisiones? ¿No estaríamos frente a un fraude constitucional?**

V. CONCLUSIONES:

1. La negativa adoptada por el pueblo soberano frente al proyecto de reforma de la Constitución, tiene efectos hacia el futuro por ser esta decisión de rango constitucional.

2. La negativa adoptada por el pueblo soberano frente al proyecto de reforma de la Constitución, tiene efectos “*erga omnes*” e imposibilita que el Presidente de la República para que, en base a leyes habilitantes ya promulgadas o las que le sean otorgadas en el futuro, **tome medidas similares a las que le fueron negadas en el referéndum constitucional.**

3. El conjunto de materias contenidas en el referéndum, **fueron constitucionalizadas**, es decir, se les otorgó rango de disposiciones constitucionales que solamente pueden ser modificadas después que termine el presente período constitucional, por así preverlo el clarísimo texto del artículo 345.

4. La Sala Constitucional del TSJ, no tiene competencias ni atribuciones para controlar el alcance, ni minimizar o contradecir el alcance negativo de la decisión del soberano en el proceso referendario.

5. Si el Presidente de la República, en base a los poderes de la ley habilitante dicta algún decreto ley que contradiga la decisión del soberano el 2 de diciembre de 2007, viola el texto de la Constitución y puede ser **objeto pasivo de sanciones, que implican su destitución.**

6. El uso de la iniciativa por parte del 15% de los ciudadanos, para plantear nuevamente una iniciativa de reforma con los mismos o similares contenidos, a los que han sido negados en el referéndum, es totalmente improcedente, por cuanto colocaría a la Asamblea Nacional en la disyuntiva de tener que aprobar, vía acuerdos, decisiones contrarias a la del pueblo soberano, origen y causa de esta representación nacional.

7. Nuestra opinión es que ni la Asamblea Nacional, ni el Poder Ejecutivo pueden desarrollar ninguna de las materias negadas en el referendo, ni con las competencias que le fueron delegadas al Presidente de la República en la ley vigente, ni con una nueva ley habilitante si esta fuese aprobada con la masiva mayoría que el régimen tiene en la Asamblea Nacional. En efecto si ambos órganos perdieron la posibilidad de modificar la Constitución, en base a los razonamientos que anteceden, mal podría pensarse que esas modificaciones puedan hacerse por normas subconstitucionales sin violar la Carta Magna. En este caso específico, la Sala Constitucional estaría obligada a actuar “para garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución”, conforme lo establecen los artículos 335 y 336, y tendría que declarar estas actuaciones nulas ya que serían, o “actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con la Constitución” (nos referimos a los decretos leyes, que dicte el Poder Ejecutivo), o “actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con la Constitución”. Quedan excluidas en mi opinión de estas prohibiciones todas las materias contenidas en la Constitución de 1999, las cuales pueden ser desarrolladas tanto por vía legal, como por la de las leyes habilitantes.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE 2008

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Público Nacional*. A. Poder Legislativo: Ley de Amnistía. B. Poder Ejecutivo: Policía Metropolitana. C. Poder Judicial: Tribunales. D. Poder Electoral: Registro Civil.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero: Fondo para la Estabilización Macroeconómica*. 2. *Sistema de Contrataciones Públicas*. 3. *Sistema Impositivo*. A. Unidad Tributaria. B. Emisión de facturas. C. Registro de Información Fiscal. D. Impuestos: Impuesto al Valor Agregado. E. Régimen Aduanero. 4. *Sistema de Personal*. A. Remuneraciones. B. Días no laborables.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Leyes aprobatorias. b. Acuerdos y Convenios. c. Notas Reversales. d. Memorándum de Entendimiento. e. Programas. 2. *Seguridad y Defensa: Períodos festivos*.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario*. A. Ilícitos Cambiarios. B. Adquisición de Divisas. C. Casas de Cambio. 2. *Régimen de las Instituciones Financieras*. A. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras a. Garantías Recíprocas. b. Manual de Contabilidad. c. Liquidación. d. Servicio de canje de especies monetarias. e. Aportes especiales. f. Tasas de interés. g. Comisiones. h. Tarjetas de Créditos. i. Créditos hipotecarios. j. Créditos al Turismo. k. Créditos al Sector Agrícola. 3. *Régimen del Comercio Interno*. A. Acaparamiento. B. Seguridad alimentaria. C. Subsidios D. Precio Máximo de Venta al Público. 4. *Régimen de Energía y Petróleo: Gas*. 5. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación: Remuneración*. 2. *Ciencia y Tecnología*. 3. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Casinos y Bingos (Permisos)*.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables*. A. Pesca y Acuicultura. B. Parques Nacionales. C. Productos Forestales. 2. *Régimen de las Telecomunicaciones*. A. Telefonía Residencial. B. Telefonía Móvil. C. Datos y Firmas Electrónicas: Proveedores de servicios de certificación. 3. *Régimen del Transporte y Tránsito*. A. Transporte y Tránsito Terrestre: Licencia de conducir. B. Transporte y Tráfico Aéreo: Actividad aeronáutica.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Poder Público Nacional

A. Poder Legislativo: Ley de Amnistía

Decreto N° 5.790 del Presidente de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Amnistía. *G.O.* N° 38.841 de 2-1-2008. (Véase *G.O.* N° 5.870 Extraordinario de fecha 31-12-2007).

B. Poder Ejecutivo: Policía Metropolitana

Decreto N° 5.814 del Presidente de la República, mediante el cual se dispone que el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, asume la dirección, administración y funcionamiento de la Policía Metropolitana del Distrito Metropolitano de Caracas. *G.O.* N° 38.853 de 18-1-2008.

C. Poder Judicial: Tribunales

Resolución N° 2007-0047 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se dispone que con el fin de facilitar el acceso a la justicia a los usuarios de los Tribunales del Trabajo del estado Miranda, el Tribunal que en ella se menciona, conocerá en Segunda Instancia de las decisiones que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.860 de 29-1-2008.

D. Poder Electoral: Registro Civil

Resolución N° 071219-2951 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se proroga la vigencia de la Resolución N° 070516-671, de fecha 16 de mayo de 2007, publicada en la *G.O.* N° 38.696, de fecha 01 de junio de 2007 y en G.E. N° 380; de fecha 10 de julio de 2007, que contiene las Normas para la Transición del Registro Civil al Poder Electoral, hasta el 01 de junio de 2008. *G.O.* N° 38.853 de 18-1-2008.

Resolución N° 080228-0308 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se instruye a todos los Registradores Civiles del país que las solicitudes de inserción de actas de nacimiento de niños, niñas y adolescentes nacidos en el extranjero, hijos o hijas de padres o madres de nacionalidad venezolana sólo procede cuando las actas hayan sido extendidas por el funcionario diplomático o consular de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 38.886 de 7-3-2008.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. Sistema Financiero: Fondo para la Estabilización Macroeconómica

Decreto N° 5.796 del Presidente de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Crea el Fondo para la Estabilización Macroeconómica. *G.O.* N° 38.846 de 9-1-2008.

2. Sistema de Contrataciones Públicas

Decreto N° 5.929 del Presidente de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. *G.O.* N° 38.895 de 25-3-2008

3. Sistema Impositivo

A. Unidad Tributaria

Providencia N° 0062 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por la cual se reajusta la Unidad Tributaria de Treinta y Siete Bolívares

con Seiscientos Treinta y Dos Milésimas (Bs. 37,632), a Cuarenta y Seis Bolívars Fuertes sin Céntimos (Bs. 46,00). *G.O.* N° 38.855 de 22-1-2008.

B. Emisión de facturas

Resolución N° 1991 del Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, por la cual queda derogada la Resolución del Ministerio de Finanzas N° 320, de fecha 28 de diciembre de 1999, publicada en la *G.O.* N° 36.859 de fecha 29 de diciembre de 1999, que establece las disposiciones relacionadas con la Impresión y Emisión de Facturas y Otros Documentos, a partir del 01 de febrero de 2008. *G.O.* N° 38.863 de 1-2-2008.

C. Registro de Información Fiscal

Providencia N° SNAT/INTI/GR/RCC/0084 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a través de la cual se modifican las modalidades de inscripción y actualización de las personas naturales en el Registro Único de Información Fiscal (RIF). *G.O.* N° 38.864 de 6-2-2008.

D. Impuestos: Impuesto al Valor Agregado

Decreto N° 5.904 del Presidente de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), a las operaciones de importaciones que en él se señalan. *G.O.* N° 38.883 de 4-3-2008.

E. Régimen Aduanero

Decreto N° 5.879 del Presidente de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas. *G.O.* N° 38.875 de 21-2-2008.

Decreto N° 5.872 del Presidente de la República, mediante el cual se producirá el abandono legal de las mercancías o bienes declarados de primera necesidad o sometidos a control de precio, cuando el consignatario, exportador o remitente no haya aceptado la consignación o cuando no haya declarado o retirado dichas mercancías, según el caso, dentro de diez (10) días continuos, a partir del vencimiento del plazo de cinco (5) días hábiles al cual se refiere el artículo 30 de la Ley Orgánica de Aduanas. *G.O.* N° 38.873 de 19-2-2008.

Resolución Conjunta N° DM/1.998 y DM/0011 de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas y para la Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingente Arancelario para el producto que en ella se señala. *G.O.* N° 38.873 de 19-2-2008.

Resolución Conjunta N° DM/1999 y DM/0015 Ministerios del Poder Popular para las Finanzas y para la Alimentación, por la cual se califican como bienes de primera necesidad o de consumo masivo a los efectos del beneficio previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Aduanas, las mercancías correspondientes a las subpartidas del Arancel de Aduanas que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.873 de 19-2-2008.

4. Sistema de Personal

A. Remuneraciones

Resolución N° 045 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se establece que a partir del 01 de marzo de 2008, la remuneración de los Registradores o Registradoras, Notarios y Notarías; así como de los Funcionarios o Funcionarias adscritos a las diferentes Oficinas de Registros y Notarías Públicas, se realizará mensualmente y será con total apego al Sistema de Remuneración aplicado en este Ministerio. *G.O.* N° 38.879 de 27-2-2008.

B. *Días no laborables*

Resolución N° 004 del Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, por la cual se dispone que serán días no laborales para los funcionarios de la Administración Pública Nacional durante el año 2008, los que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.845 de 8-1-2008.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

a. *Leyes aprobatorias*

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Malasia para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuesto Sobre la Renta. *G.O.* N° 38.842 de 3-1-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Gambia, en Materia de Salud. *G.O.* N° 38.842 de 3-1-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Barbados. *G.O.* N° 38.842 de 3-1-2008.

Ley Aprobatoria del Tratado de Seguridad Energética Petrocaribe (TSE). *G.O.* N° 38.861 de 30-1-2008.

Ley Aprobatoria del Tratado de Seguridad Energética entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay (TSE). *G.O.* N° 38.861 de 30-1-2008.

Ley Aprobatoria del Tratado de Seguridad Energética entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina (TSE). *G.O.* N° 38.861 de 30-1-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús. *G.O.* N° 38.889 de 12-3-2008.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento en Materia de Cooperación Agrícola entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán. *G.O.* N° 38.894 de 24-3-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. *G.O.* N° 38.894 de 24-3-2008.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación Educativa entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús. *G.O.* N° 38.894 de 24-3-2008.

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús para la Cooperación en la Lucha Contra la Delincuencia. *G.O.* N° 38.894 de 24-3-2008.

b. *Acuerdos y Convenios*

Resolución N° DM 061-E del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se publica el Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica, para la Implementación del Proyecto “Producción de Plántulas y Beneficio Ecológico de Café” entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 061-F del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica, para la Implementación del Proyecto “Desarrollo Institucional del Instituto de Altos Estudios de Salud Dr. Arnoldo Gabaldón”, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 061-G del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica, para la Implementación del proyecto “Producción de Yuca en los Estados Anzoátegui y Monagas”, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 061-H del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica, para la Implementación del Proyecto “Apoyo Técnico para la Implantación e Implementación de Bancos de Leche Humana en Venezuela”, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 061-I del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica, para la Implementación del Proyecto “Fortalecimiento de Vigilancia y Control de los Residuos y Contaminantes en los Alimentos de Venezuela”, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 061-K del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica, para la implementación del Proyecto “Capacitación de los Recursos Humanos del Servicio Autónomo de la Contraloría Sanitaria de la República Bolivariana de Venezuela en Vigilancia y Control de los Productos de Uso y Consumo Humano”, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 061-L del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica, para la Implantación (sic) del Proyecto “Desarrollo de Tecnología Alternativas para el Procesamiento de Cítricos a Pequeña Escala”, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM/034, por la cual se ordena publicar el Acuerdo entre la República de Bolivia, la República de Cuba, la República de Nicaragua, la Mancomunidad de Dominica y la República Bolivariana de Venezuela, para la Constitución de una Empresa Grannacional de Energía, Petróleo y Gas en el Marco de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA). *G.O.* N° 38.866 de 8-2-2008.

Resoluciones N° DM 037 y DM 038 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por las cuales se ordena publicar los Acuerdos de Supresión de Visas en Pasaportes Ordinarios, Diplomáticos, Oficiales y de Servicios entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús. *G.O.* N° 38.867 de 11-2-2008.

Resoluciones N° DM 061-N y DM 061-Ñ del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por las cuales se ordena publicar el Addendum N° 9 y el Addendum N° 10, al Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

c. *Notas Reversales*

Resolución N° 007 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar las Notas Reversales que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.859 de 28-1-2008.

Resolución N° 008, por la cual se ordena publicar las Notas Reversales del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Corea sobre Supresión de Visas de Turistas en Pasaportes Ordinarios. *G.O.* N° 38.859 de 28-1-2008.

Resolución N° DM 061-B del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar las Notas Reversales mediante las cuales se establece la disposición del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de contribuir con el Gobierno de la República del Ecuador, como donación ante los eventos naturales acaecidos en la Provincia Costera de Manabí, durante el mes de marzo de 2006. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 061-C del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar las Notas Reversales que constituyen la Donación de Equipos para la Conservación e Investigación de Patrimonio Cultural y Audiovisuales de la Fundación Museos Nacionales - Museo de Ciencias Naturales; en el marco del programa "Donación Cultural" del Gobierno nipón. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

d. *Memorándum de Entendimiento*

Resolución N° DM 064 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Consulta entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Guinea Bissau. *G.O.* N° 38.878 de 26-2-2008.

Resolución N° DM 061-D del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar la Declaración Conjunta de los Presidentes de la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos, en ocasión del XXVII Aniversario de Cooperación Energética para países de Centroamérica y el Caribe. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

e. *Programas*

Resolución N° DM 061-J del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el programa de Trabajo en Materia de Cooperación Industrial entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Resolución N° DM 009, por la cual se ordena publicar el Programa de Intercambio Cultural para el Período 2008 - 2010, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argelina Democrática y Popular. *G.O.* N° 38.859 de 28-1-2008.

2. *Seguridad y Defensa: Períodos festivos*

Resolución del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia mediante la cual se dicta el Plan Nacional de Protección para la Prevención y Atención en Períodos Festivos, de Asueto y Vacacionales. *G.O.* N° 38.861 de 30-1-2008.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario*

A. *Ilícitos Cambiarios*

Ley contra los Ilícitos Cambiarios. *G.O.* N° 38.880 de 28-2-2008.

B. *Adquisición de Divisas.*

Resolución Conjunta N° DM/1984, DM/009, DM/027/2008, DM/360 y DM/109 de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas, para las Industrias Ligeras y Comercio, Para la Agricultura y Tierras, Para la Salud y para la Alimentación, mediante la cual se determinan los productos, subproductos e insumos requeridos para la producción de los alimentos a los cuales se les aplicarán las medidas temporales para la flexibilización de los trámites para su producción, importación y mercadeo, conforme a lo establecido en el Decreto N° 5.813, de fecha 14 de enero de 2008. *G.O.* N° 38.855 de 22-1-2008.

Decreto N° 5.813 del Presidente de la República, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para la Flexibilización de los Trámites para la Producción, Importación y Mercadeo de Productos, Subproductos e Insumos Requeridos para la Producción de Alimentos. *G.O.* N° 38.853 de 18-1-2008.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas, para las Industrias Ligeras y Comercio, para las Industrias Básicas y Minería, para la Salud, para la Energía y Petróleo, para la Ciencia y Tecnología, y para las Telecomunicaciones y la Informática, por la cual se otorga la autorización para la adquisición de divisas, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa cambiaria vigente de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), en las listas que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.882 de 3-3-2008.

Providencia N° 085 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), mediante la cual se establecen los Requisitos, controles y trámite para la autorización de adquisición de divisas, correspondientes a las importaciones. *G.O.* N° 38.862 de 31-1-2008.

C. *Casas de Cambio*

Resolución N° 424.07 de la Superintendencia de Banco y Otras Instituciones Financieras, por la cual se modifica el Manual de Contabilidad para las Casas de Cambio. *G.O.* N° 38.851 de 16-1-2008.

2. *Régimen de las Instituciones Financieras*

A. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*

a. *Garantías Recíprocas*

Resolución de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras por la cual se modifica el Manual de Contabilidad para el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Empresa. *G.O.* N° 38.843 de 4-1-2008.

Resolución N° 002.08 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dispone que las inversiones que efectúen los Bancos Universales y Comerciales en el capital social de las sociedades de garantías recíprocas, están exceptuadas de las prohibición señalada en el numeral 6 del artículo 80 y en el numeral 2 del artículo 89 respectivamente, del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. *G.O.* N° 38.855 de 22-1-2008.

b. *Manual de Contabilidad*

Resolución de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras por la cual se modifica el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo. *G.O.* N° 38.843 de 4-1-2008.

c. *Liquidación*

Providencia del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), por la cual se dicta la Reforma Parcial de las Normas para la Liquidación de Bancos e Instituciones Financieras y Demás Empresas Relacionadas Sometidas al Régimen de Liquidación Administrativa. *G.O.* N° 38.843 de 4-1-2008.

Providencia del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), por la cual se dicta la Reforma Parcial de las Normas para la Liquidación de Empresas no Financieras, Relacionadas con los Grupos Financieros bajo Régimen Especial, Sometidas al Régimen de Liquidación Administrativa. *G.O.* N° 38.843 de 4-1-2008.

d. *Servicio de canje de especies monetarias*

Resolución N° 08-02-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se reitera la obligación a la que deben sujetarse los bancos y demás instituciones financieras autorizados para recibir depósitos en moneda nacional, de prestar en sus distintas oficinas, sucursales o agencias, el servicio de canje de especies monetarias. *G.O.* N° 38.865 de 7-2-2008.

e. *Aportes especiales*

Resolución N° 025.08, por la cual se dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar las entidades bancarias y demás personas sometidas a la supervisión y control de esta Superintendencia. *G.O.* N° 38.877 de 25-2 2008.

Resolución N° 026.08 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar las casas de cambio, los operadores cambiarios fronterizos, los fondos de capital de riesgo, las sociedades de capital de riesgo, los fondos nacionales de garantías recíprocas y las sociedades de garantías recíprocas. *G.O.* N° 38.886 de 7-3-2008.

f. *Tasas de interés*

Resolución N° 08-02-02 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se fija en treinta y dos coma cinco por ciento (32,5%) la tasa anual de interés a cobrar por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones de descuentos, redescuentos y anticipos, que en ella se indica. *G.O.* N° 38.880 de 28-2-2008.

Resolución N° 08-02-03 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se informa que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidos para el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, no podrán cobrar por sus operaciones activas, excluidas aquellas relacionadas con tarjetas de créditos, una tasa de interés anual o de descuentos superior a la fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela para las operaciones de descuentos, redescuentos, reporto y anticipo del Instituto, en los términos que en ella se especifican. *G.O.* N° 38.880 de 28-2-2008.

g. *Comisiones*

Resolución N° 08-03-02 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, no podrán efectuar cobro alguno a sus clientes por concepto de comisiones, tarifas o recargos derivados de la tenencia de cuentas de ahorros, así como por cualquier transacción, operación o servicio efectuado respecto de dicha cuentas, cuando éstas, estuvieren directamente relacionadas con las mismas. *G.O.* N° 38.883 de 4-3-2008.

h. *Tarjetas de Créditos*

Resolución N° 08-03-03 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, no podrán cobrar por sus operaciones activas con tarjetas de crédito, una tasa de interés anual superior a treinta y dos por ciento (32%), ni inferior a diecisiete por ciento (17%). *G.O.* N° 38.883 de 4-3-2008.

i. *Créditos hipotecarios*

Resolución N° 022 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establece en un diez (10%), el porcentaje mínimo de la cartera de crédito bruta anual, que con carácter obligatorio deben colocar con recursos propio los bancos e instituciones financieras y cualquier otro ente, obligados a conceder créditos hipotecarios, destinados a la adquisición y construcción de vivienda principal. *G.O.* N° 38.889 de 12-3-2008

j. *Créditos al Turismo*

Resolución N° 08-03-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que la tasa de interés activa máxima preferencial a ser aplicada por las instituciones financieras a las operaciones crediticias destinadas al sector turismo que registró para el mes de marzo de 2008, es de diecisiete por ciento (17%). *G.O.* N° 38.883 de 4-3-2008.

Resolución N° DM/011 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se dispone que los bancos comerciales y universales, destinarán el tres por ciento (3%), sobre cartera de crédito bruta calculado al 31 de diciembre de 2007, para el financiamiento de las operaciones y proyectos de carácter turístico. *G.O.* N° 38.881 de 29-2-2008.

k. *Créditos al Sector Agrícola*

Decreto N° 5.797 del Presidente de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Crédito para el Sector Agrícola. *G.O.* N° 38.846 de 9-1-2008.

Resolución N° 08-01-02 Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que la tasa de interés anual activa máxima a ser aplicada por las instituciones financieras, a las colocaciones crediticias destinadas al sector agrícola, no podrá ser superior al quince por ciento (15%), y regirá durante la semana que va desde el 25 al 31 de enero de 2008. *G.O.* N° 38.857 de 24-1-2008.

Resolución N° 08-01-01 Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que la tasa anual de interés activa máxima a ser aplicable por las instituciones financieras a las colocaciones crediticias destinadas al sector agrícola, no podrá ser superior al quince por ciento (15%), y regirá durante la semana que va desde el 18 al 24 de enero de 2008. *G.O.* N° 38.852 de 17-1-2008.

3. *Régimen del Comercio Interno*

A. *Acaparamiento*

Decreto N° 5.835 del Presidente de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto N° 5.197, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular Contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y Cualquier Otra Conducta que Afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Declarados de Primera Necesidad o Sometidos a Control de Precio. *G.O.* N° 38.862 de 31-1-2008.

B. *Seguridad alimentaria*

Resolución Conjunta N° DM/020/2008, DM/005 y DM/356 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se prorroga hasta el 30 de junio de 2008, el plazo establecido en el artículo 2 de la Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación N° DM/076, de fecha 05 de septiembre de 2007, publicada en la *G.O.* N° 38.763, de fecha 06 de septiembre de 2007, por el cual se prohíbe temporalmente la extracción, exportación y reexpedición del maíz, en cualquier volumen, modalidad y presentación, bien sea de producción nacional o proveniente de procesos de importación. *G.O.* N° 38.849 de 14-1-2008.

Resolución Conjunta N° DM/021/2008, DM/004 y DM/357 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se prorroga hasta el 30 de junio de 2008, el plazo establecido en el artículo 2 de la Resolución Conjunta emanada de los Ministerios que en ella se señalan, publicada en la *G.O.* N° 38.764, de fecha 07 de septiembre de 2007, mediante la cual se restringe temporalmente la destinación de maíz blanco con fines distintos al consumo humano. *G.O.* N° 38.849 de 14-1-2008.

Resolución N° DM/028/2008 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, por la cual se restringe temporalmente la movilización de rubros estratégicos para la seguridad alimentaria hacia los estados fronterizos Apure, Táchira y Zulia. *G.O.* N° 38.856 de 23-1-2008.

C. *Subsidios*

Resolución N° DM/047/2008 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se establece un subsidio al algodón en rama, sorgo, maíz, arroz y caña de azúcar de producción nacional, para los ciclos norte-verano e invierno 2007-2008. *G.O.* N° 38.871 de 15-2-2008.

Resolución Conjunta N° DM/019, DM/13, DM/, DM/, DM/020, DM/, DM/224, DM/374, DM/012, DM/, DM/, DM/ y DM/, mediante la cual se prorroga la vigencia de la Resolución Conjunta, de fecha 07 de septiembre de 2007, a través de la cual se regula el mecanismo para la aplicación del subsidio a la leche en polvo importada, destinada al consumo doméstico conforme a la aprobación del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela; aplicable a todos los interesados que la hayan distribuido al comercio hasta el veintiuno (21) de enero de 2008. *G.O.* N° 38.883 de 4-3-2008.

D. *Precio Máximo de Venta al Público*

Resolución Conjunta N° DM/363, DM/040/2008 y DM/016 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) del arroz blanco de mesa. *G.O.* N° 38.867 de 11-2-2008.

Resolución N° 2008 del Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, por la cual se establecen los precios de venta de fósforos para la Labor N° 1 “Carterita-Regalo”; y de la Labor N° 2 “Carterita-Popular”, en los términos que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.898 de 28-3-2008.

4. *Régimen de Energía y Petróleo: Gas*

Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo mediante la cual se establecen las Normas para la Construcción, Modificación, Desmantelamiento y Operación de Establecimientos, Instalaciones y/o Equipos Destinados a Consumo Propio y/o Venta de Combustible Gas Natural Vehicular (GNV), en el Mercado Interno. *G.O.* N° 38.864 de 6-2-2008.

Resolución mediante la cual se establecen las Normas para Regular la Fabricación, Instalación y Mantenimiento de Sistemas Destinados a la Utilización de Gas Natural como Combustible en Vehículos con Motores de Combustión Interna; así como de los Establecimientos dedicados a estas actividades. *G.O.* N° 38.864 de 6-2-2008.

Resolución mediante la cual se indican los Trámites para la Importación, Comercialización o Uso Particular para el Manejo de los Gases Licuados de Petróleo (G.L.P.). *G.O.* N° 38.864 de 6-2-2008.

5. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*

Decreto N° 5.826 del Presidente de la República, mediante el cual se aprueba el “Plan Excepcional de Desarrollo Económico y Social para la Construcción, Rehabilitación, Consolidación y Mantenimiento de la Vialidad Agrícola de los Grandes, Medianos y Pequeños Sistemas de Riego, el Saneamiento de Tierras y la Construcción de Servicios Básicos en el Sector Rural, año 2008”. *G.O.* N° 38.855 de 22-1-2008.

Decreto N° 5.827 del Presidente de la República, mediante el cual se aprueba el “Plan Excepcional de Desarrollo Económico y Social para la Instalación, Funcionamiento y Consolidación de las Unidades Socialistas de Industrialización, Distribución y Servicio Agrícola de la Corporación Venezolana Agraria y sus Empresas Adscritas”. *G.O.* N° 38.855 de 22-1-2008.

Resolución Conjunta N° 1994 y DM/036/2008 de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas y para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se fijan los porcentajes mínimos mensuales y las condiciones aplicables a la Cartera de Crédito Agrícola obligatoria para el Ejercicio Fiscal 2008. *G.O.* N° 38.862 de 31-1-2008.

Decreto N° 5.837 del Presidente de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA). *G.O.* N° 38.863 de 1-2-2008.

Decreto N° 5.838, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Creación del Fondo para el Desarrollo Agrario Socialista. *G.O.* N° 38.863 de 1-2-2008.

Resolución N° DM/038/2008 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, por la cual se establecen como rubros prioritarios, a los efectos del cumplimiento de los montos mínimos mensuales de la Cartera de Crédito para el Sector Agrícola durante el ejercicio fiscal 2008, los que en ella se detallan. *G.O.* N° 38.868 de 12-2-2008.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación: Remuneración*

Resolución N° DM/18 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, por la cual se reconoce como sueldo base para los profesionales que se desempeñan en el Subsistema de Educación Secundaria Bolivariana, como Docente no graduados, que poseen títulos de cuarto nivel o título de Técnico Superior Universitario y con dedicación a tiempo convencional, en las áreas que en ella se señalan, el sueldo equivalente a la categoría de Docente I/Aula, establecido en la escala del Sistema de Remuneraciones Docentes. *G.O.* N° 38.890 de 13-3-2008.

2. *Ciencia y Tecnología*

Resolución N° 011 del Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología, por la cual se dispone que los proyectos a ser financiados con aportes que realicen las Grandes Empresas, a ser ejecutados por los entes u organismos adscritos a este Ministerio, deben contar con la aprobación de las máximas autoridades de cada una de estas instancias para su inclusión en el sistema para Declaración y Control del Aporte-Inversión en Ciencia, Tecnología e Innovación (SIDCAI). *G.O.* N° 38.880 de 28-2-2008.

3. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Casinos y Bingos (Permisos)*

Resolución N° DM/018 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se ordena a la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles de abstenerse de expedir o renovar los permisos de instalación y licencias de funcionamientos para los Establecimientos de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles otorgada por dicha Comisión. *G.O.* N° 38.892 de 17-3-2008.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables*

A. *Pesca y Acuicultura*

Decreto N° 5.930, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura. *G.O.* N° 38.891 de 14-3-2008. (Véase *G.O.* N° 5.877 Extraordinario de esa misma fecha).

B. *Parques Nacionales*

Resolución N° 020 del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, por la cual se prohíbe la construcción de nuevas infraestructuras dentro del Parque Nacional Archipiélago Los Roques, salvo las que en ella se detallan. *G.O.* N° 38.881 de 29-2-2008.

Resolución N° 021 del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, por la cual se prorroga el lapso de suspensión de trámite y otorgamiento de nuevos contratos de concesiones para realizar dentro de la jurisdicción del Parque Nacional Archipiélago Los Roques, actividades de tipo comercial, turísticas, recreacional y de servicios, salvo las excepciones que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.881 de 29-2-2008.

C. *Productos Forestales*

Resolución N° 125-A del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, por la cual se prorroga por un lapso de dos (2) años, la prohibición de aprovechamiento de recursos forestales; así como la tala y desforestación de vegetación alta, en los Municipios que en ella se indican. *G.O.* N° 38.842 de 3-1- 2008.

2. *Régimen de las Telecomunicaciones*

A. *Telefonía Residencial*

Resolución Conjunta N° DM/323 y DM/023 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para las Telecomunicaciones y la Informática, por la cual se establecen los Topes Tarifarios Máximos para el Servicio de Telefonía de Larga Distancia Internacional Residencial, prestado por la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV). *G.O.* N° 38.842 de 3-1-2008.

B. *Telefonía Móvil*

Providencia N° 1147 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dicta la Reforma Parcial de la Providencia Administrativa contentiva de las condiciones bajo las cuales los Operadores de Servicios de Telefonía Móvil podrán ofrecer la facilidad de mensajería de texto, en los términos que en ella se indica. *G.O.* 38.897 de 27-3-2008.

C. *Datos y Firmas Electrónicas: Proveedores de servicios de certificación*

Providencia N° 025 del Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, por la cual se establece bajo el esquema permitido por la vigente Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la obligación por parte de los proveedores de servicios de certificación, tanto públicos como privados, de constituir y presentar una fianza de fiel cumplimiento que en ella se especifica. N° 38.898 de 28-3-2008.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre: Licencia de conducir*

Resolución N° 020 del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, por la cual se establece un nuevo formato de licencia de Conducir, con información adicional a la actual, contentivo de las debidas características, condiciones y elementos de seguridad que permitan evitar la falsificación o alteración de las mismas.

B. *Transporte y Tráfico Aéreo: Actividad aeronáutica*

Decreto N° 5.908 del Presidente de la República, mediante el cual se considera prioritaria la materia aeronáutica a los efectos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación. *G.O.* N° 38.883 de 4-3-2008.

Comentarios Legislativos

SOBRE EL NOMBRAMIENTO IRREGULAR POR LA ASAMBLEA NACIONAL DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO EN 2007

Allan R. Brewer-Carías

Resumen: *Este Comentario legislativo se refiere a la irregular, por inconstitucional, designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (Fiscal General de la República, Contralor General de la República y Defensor del Pueblo) por parte de la Asamblea Nacional y, en particular, de la última designación efectuada en diciembre de 2007 en abierta violación del derecho ciudadano a la participación política, por la irregular integración del Comité de Postulaciones que de acuerdo con la Constitución debió haber estado integrado exclusivamente por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y nunca por diputados y otros funcionarios públicos como el “Consejo Moral Republicano” lo resolvió clandestinamente.*

I. EL RÉGIMEN DE NOMBRAMIENTO DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, DEL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Constitución, a los efectos del nombramiento de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (Contralor General de la República, Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo) por parte de la Asamblea Nacional, el Consejo Moral Republicano debe convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, que debe estar “integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad.”

Dicho Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano debe adelantar un proceso público de selección de candidatos a ser nominados, de cuyo resultado se debe obtener una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, que debe ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional la cual, mediante el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes, debe escoger en un lapso no mayor de treinta días continuos, al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración.

Si concluido este lapso no ha habido acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral debe someter la terna a consulta popular.

El artículo 279 dispone, sin embargo, que en caso de no haber sido convocado por el Consejo Moral Republicano el mencionado Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional debe proceder, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente.

II. LA IRREGULAR DESIGNACIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO EN 2000

En cuanto al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, como se ha dicho, de acuerdo con el texto expreso de la Constitución, debe estar integrado “por representantes de diversos sectores de la sociedad,” y nada más.

Ello, sin embargo, nunca ha sido posible bajo la vigencia de la Constitución, pues sucesivamente la Asamblea nacional se ha burlado de dicha norma, y ha dispuesto la integración del referido Comité, entre otros miembros, con personas que no son representantes de los diversos sectores de la sociedad, sino que son funcionarios del Estado.

Este proceso de distorsión de la norma constitucional comenzó en noviembre de 2000, con la sanción por parte de la Asamblea Nacional, de la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional (que comenzó en 2000)¹, con la cual se violó el artículo 279 de la Constitución, que imponía a la Asamblea Nacional, una vez electa, realizar las designaciones definitivas de los integrantes del Poder Ciudadano “de conformidad con la Constitución,” es decir, a través del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano integrado exclusivamente por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

La referida Ley Especial, en cambio, dispuso que la realización de las referidas designaciones por la propia Asamblea de dichos altos funcionarios se haría, no por un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano integrado sólo por representantes de los diversos sectores de la sociedad como lo exigía la Constitución, sino por una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3), que se creó en esa Ley Especial sin fundamento constitucional alguno, ya que los funcionarios públicos particularmente los electos como los diputados son representantes de la sociedad política, como distinta de la sociedad civil.

La Ley Especial dispuso que una vez instalada dicha Comisión de diputados de la Asamblea, debía seleccionar “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, en la ley especial que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas” (art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentaran “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes del Poder Ciudadano regulados en la Ley Especial debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7); y como resultado del

1 *G.O.* N° 37.077 de 14-11-00. Véase en general Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por la vigencia de los interregnos temporales”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, Caracas 2000, p. 86 y ss.

proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art. 9).

Esta Ley Especial, sin duda, está viciada de inconstitucionalidad; fue una burla a la Constitución y consumó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional. Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos² la Asamblea Nacional designó en 2000, para el período 2001-2008, al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República, sin ajustarse a lo que disponía el artículo 279 de la Constitución. Ello provocó, entre otras reacciones que la Defensora del Pueblo que para ese momento estaba en ejercicio en virtud del nombramiento transitorio que había hecho la Asamblea nacional Constituyente en diciembre de 1999, antes de ser sustituida, intentara una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual nunca fue decidida.

III. LA IRREGULAR REGULACIÓN E INTEGRACIÓN DEL COMITÉ DE EVALUACIÓN DE POSTULACIONES DEL PODER CIUDADANO EN 2001

En 2001 la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica del Poder Ciudadano³, en la cual debió haber llenado el vacío legal que existía hasta la fecha y que había justificado la llamada transitoriedad constitucional, y proceder a regular detalladamente la forma de integración del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, para asegurar la participación ciudadana mediante su integración con representantes de diversos sectores de la sociedad.

Sin embargo, de nuevo la Asamblea Nacional se negó a legislar, estableciendo esta vez en el artículo 23 de dicha Ley, solamente, el número mínimo de miembros que debe tener el dicho Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, en el sentido de que no debe ser menor de 25 personas, absteniéndose de legislar sobre la forma de la escogencia de dichos miembros, delegando la regulación de dichos requisitos para la escogencia de los integrantes del Comité, al Consejo Moral Republicano, al disponer que las mismas “serán establecidos en el Ordenamiento Jurídico Interno del Consejo Moral Republicano”, confiscándose de nuevo el derecho ciudadano a la participación política.

IV. LA IRREGULAR DESIGNACIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CIUDADANO EN 2007

Sin que hubiera habido normativa previa conocida del “Ordenamiento Jurídico Interno del Consejo Moral Republicano” en el cual debió haberse establecido los requisitos para la escogencia de los 25 integrantes del Comité al Consejo Moral Republicano, el 20 de octubre de 2007, se anunció públicamente que el Consejo Moral Republicano (integrado por el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo designados en 2001), en atención a lo contemplado en el artículo 279 de la Constitución, supuestamente habían designado a los integrantes de dicho Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano.

Dicho Comité, según se anunció, estaba coordinado por uno de los Vice Presidentes de la Asamblea Nacional, e integrado mayoritariamente por funcionarios públicos, correspondiéndole la función de recibir los nombres y recaudos de las candidaturas para los

2 Publicados en *G.O.* N° 37.105 de 22-12-00.

3 *G.O.* N° 37.310 de 25-10-01.

cargos de Defensor del Pueblo, Fiscal General de la República y Contralor General de la República para el período 2008-2114⁴. Dicha decisión del Consejo Moral Republicano, sin embargo, no fue publicada en *Gaceta Oficial de la República*.

El Comité designado, en todo caso, fijó en nota de prensa un lapso de 10 días para recibir las postulaciones, del 29 de octubre al 7 de noviembre de 2007, de lo cual resultó la formulación de unas propuestas de designación que fueron ratificadas por la Asamblea Nacional.

La integración del Comité mediante diputados y funcionarios públicos fue cuestionada por no ser representantes de los diversos sectores de la sociedad como lo exige la Constitución, a lo cual, la Fiscal General de la República seleccionada por el Comité y designada por la Asamblea Nacional, argumentó que “Lo que no está expresamente prohibido, está legalmente permitido. Ninguna norma señala de manera expresa la prohibición de que el Comité esté constituido por diputados de la Asamblea Nacional o de los Consejos Legislativos”⁵.

El detalle jurídico de esta opinión de la nueva Fiscal General de la República llamada a contribuir a garantizar la supremacía constitucional, está en que la alta funcionaria del Estado se olvidó que en materia de derecho público, la competencia de los órganos del Estado no se presume y siempre es de texto expreso, es decir, debe estar expresamente prevista en la Constitución o en la ley conforme a los principios generales del derecho público.⁶ Este principio de derecho público opera al contrario del de la capacidad en derecho privado, que es la regla, siendo las incapacidades la excepción, por lo que éstas son las que deben estar previstas expresamente en la Ley. La necesidad de que la competencia esté expresamente prevista en la ley implica, además, que el ejercicio de la misma deba justificarse siempre; y que los funcionarios, al dictar un acto, deben siempre comenzar por indicar la norma atributiva de competencia (base legal).

Por otra parte, también hay que recordarle a la Fiscal General que las leyes que regulan la competencia son de aquellas denominadas de orden público, lo que implica que no pueden relajarse ni derogarse por convenios entre particulares⁷, ni por voluntad del o de los funcionarios públicos a quienes corresponde su ejercicio.

4 El Universal, Caracas 21-10-2007

5 Declaraciones de la abogada Luisa Ortega Díaz, Fiscal General de la República, en “Nota de Prensa” del Ministerio Público. Véase la reseña del periodista Leda Piñero, El Universal, Caracas 21-12-2007.

6 Tal como lo señaló la Corte Suprema de justicia en Sala Político-Administrativa, la competencia “debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea de la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza”. Véase sentencia 28-1-64, en *Gaceta Oficial* N° 27.367 de 13-2-64, pp. 203.359 y ss. En igual sentido, véase la sentencia de la misma Sala de 11-8-65, en *Gaceta Oficial* N° 27.845 de 22-9-65, pp. 207.324.

7 Art. 6 del Código Civil.

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL CURRÍCULO NACIONAL BOLIVARIANO

José Ignacio Hernández G.
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Se analiza la propuesta del currículo nacional bolivariano de cara al derecho a la educación, a partir de su incorporación dentro del Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Educación de marzo de 2008.*

En septiembre de 2007 el Ministerio del Poder Popular para la Educación (MPPE) preparó el *Diseño Curricular del Sistema Educativo Venezolano* o *currículo nacional bolivariano*¹ que formalmente, se presentó como una propuesta de reforma del currículo o programa oficial vigente. El contenido de ese currículo fue expuesto en diversos planteles educativos privados, a partir del mes de marzo de 2008. La realidad, sin embargo, es que a pesar de tratarse de un proyecto, su contenido ya venía siendo aplicado en ciertos planteles públicos de modo experimental. Además, su contenido fue vertido en la reforma del Reglamento Orgánico del MPPE, promulgado en marzo de 2008. Con lo cual, el *currículo nacional bolivariano* insufla el contenido de la actividad que la Administración despliega en materia educativa, a pesar que se trata de un proyecto que no ha sido aprobado formalmente, y a pesar que sus postulados fundamentales resultan, para nosotros, contrarios al marco constitucional de la educación en Venezuela, como desarrollaremos en este breve ensayo.

I. BREVE ESBOZO DEL CURRÍCULO NACIONAL BOLIVARIANO Y SU INCARDINACIÓN DENTRO DEL PLAN DE LA NACIÓN 2007-2013

De acuerdo con el *Diseño Curricular* propuesto, el currículo pretende darle direccionalidad a las políticas educativas en relación a los aspectos históricos y políticos, generando un proceso educativo que permita “desde la construcción de los conocimientos, caracterizar reflexionar y analizar la realidad para transformarla”. Todo ello, en el contexto de la formación del nuevo Republicano, con “principios, actitudes, virtudes y valores de libertad, cooperación, solidaridad y convivencia con apego a la Patria y relacionado con su contexto histórico-cultural, atendiendo al carácter multiétnico, pluricultural, plurilingüe intercultural de la Sociedad Venezolana”. El currículo expresamente se apalanca en la tesis del Estado docente, sostenida en su momento por L.B. Prieto Figueroa. Se persigue, así, “garantizar el carácter social de la educación a toda la población venezolana desde la rectoría del Estado, ejercida por intermedio del Ministerio del Poder Popular para la Educación”. El fundamento básico del currículo queda así resumido:

“la Educación Bolivariana se define como un proceso político y socializador”

1 Puede verse en la siguiente página: www.gobiernoenlinea.ve/documentos/curriculo_nacional_bolivariano.pdf [Consulta: 5-5-08]. El *Diseño* se acompaña del desarrollo curricular de los distintos “subsistemas”, a saber, la educación inicial; primaria; secundaria; especial; intercultural y de jóvenes adultos y adultas, todos ellos con el calificativo “bolivariano”.

No corresponde a este ensayo entrar a valorar el contenido del currículo. Basta con señalar que el asume una clara visión de *funcionalización social* de la educación, es decir, que la educación se concibe como la herramienta para que el Estado apalanque la formación de los principios que caracterizan al modelo político en desarrollo, plasmado con claridad en el Plan Económico y Social de la Nación 2007-2013. En efecto, en dicho Plan se asoman principios que entroncan con el contenido del currículo, así, la nueva ética socialista basada en la refundación ética y moral de la Nación, así como la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual, como paso necesario para la formación del hombre nuevo del “Siglo XXI”. Tan es así que el Plan propende a profundizar la universalización de la *educación bolivariana*, así como la adecuación del sistema educativo al modelo productivo socialista, principalmente, mediante las Misiones.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL CURRÍCULO NACIONAL BOLIVARIANO Y SU ILEGÍTIMA INCORPORACIÓN AL REGLAMENTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA EDUCACIÓN

A pesar que en el *currículo nacional bolivariano* las referencias a la Ley Orgánica de Educación son más bien marginales, tal propuesta encuentra su anclaje primario en la Resolución del MPPE N° 09, publicada en la *Gaceta Oficial* número 37.874 de 6 de febrero de 2004, la cual tiene por objeto dictar pautas para realizar modificaciones pedagógicas y curriculares en forma progresiva y con carácter experimental en los niveles de preescolar, básica y media diversificada y profesional, así como en las modalidades de educación indígena intercultural bilingüe, rural y especial, en planteles oficiales de dependencia nacional. Es decir, que se estableció la posibilidad de adoptar modificaciones calificadas como experimentales, lo que habría permitido a la Administración adoptar el contenido del *currículo* en determinados planteles educativos, de modo provisional, mediante el llamado *modelo simoncito*.

Pero lo cierto es que el contenido del *currículo*, para ser aprobado formalmente, precisa cumplir con el procedimiento de consulta pública delineado en la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, así como en la Ley Orgánica de la Administración Pública. En definitiva, pues el currículo es el instrumento jurídico de planificación del contenido educativo (artículos 6, 13, 19, y 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Educación).

A pesar de ello, sin embargo, el contenido del *currículo* “inspiró” a la nueva organización del MPPE de acuerdo con el Decreto Número N° 5.907, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.884 de 5 de marzo de 2008. Tal Decreto, que contiene el Reglamento Orgánico del Ministerio, sigue las pautas del *currículo*. Así:

.- En *primer lugar*, se crean el Despacho del Viceministro o Viceministra para la Articulación de la Educación Bolivariana, y el Despacho del Viceministro o Viceministra de Desarrollo para la Integración de la Educación Bolivariana, cuyo objetivo es desarrollar los contenidos incluidos en el *currículo*.

.- En *segundo lugar*, se asume la división de los “subsistemas” del *currículo* al crearse las Direcciones Generales de Educación Inicial Bolivariana de Educación Primaria Bolivariana y de Educación Secundaria Bolivariana, a pesar que esos “subsistemas” no se encuentran previstos en la Ley Orgánica de Educación.

.- Además, en *tercer lugar*, los contenidos que debe desarrollar el Despacho del Viceministro o Viceministra para la Articulación de la Educación Bolivariana coinciden con la temática del *currículo*. Así, tal Despacho se encargará de la promoción del desarrollo endógeno y soberano, de acuerdo, a las particularidades de los subsistemas de Educación

Primaria y Secundaria Bolivariana; así como al fortalecimiento de los valores éticos, la dignificación del trabajo, la solidaridad y la cohesión social; la participación en el diseño de la supervisión, con base en los fundamentos de la contraloría social y la Nueva Ética Socialista; el diseño y supervisión de la implementación de las políticas que orientan la Educación Primaria Bolivariana, en correspondencia con las líneas estratégicas del Estado venezolano (Plan de la Nación), así como establecer mecanismos que garanticen el fortalecimiento y desarrollo de las unidades de producción y el impulso de la autogestión y cogestión, entre otros.

El Decreto Número N° 5.907, en tanto acto administrativo que desarrolla el Reglamento Orgánico del MPPE, responde formalmente al ejercicio de la potestad organizativa, lo que impone dos consecuencias básicas: que sus efectos son sólo internos (no puede incidir en la esfera jurídico-subjetiva de los particulares) y además, que la organización ha de acoplarse al contenido de la actividad administrativa, de acuerdo con la Ley. En otros términos, la organización ministerial dependerá de las competencias legales del Ministerio, pero el ámbito de sus atribuciones en modo alguno puede depender de su organización.

Por ello, el Decreto Número N° 5.907 presenta un vicio claro: él desarrolla una organización que carece de base legal, en tanto se fundamenta en el *currículo* que, como vimos, es una propuesta. Es decir, que la organización del MPPE se ha acoplado a un proyecto no aprobado, y que como tal, no puede informar al contenido de la actividad administrativa desplegada por el Ministerio. Ello no sólo trastoca los límites a la potestad organizativa de la Administración, sino que adicionalmente, representa un atentado al principio de participación ciudadana que deriva del artículo 62 constitucional, en tanto el procedimiento de consulta pública que debería informar la aprobación del *currículo* pierde un tanto de sentido, en la medida en que el contenido de ese *currículo* ya ha sido incorporado a la organización ministerial.

III. LA INCOMPATIBILIDAD DE LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DEL CURRÍCULO NACIONAL BOLIVARIANO CON EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN

Pero además, los fundamentos básicos del *currículo* resultan contrarios al marco constitucional de la educación, lo que agrava más, si cabe, los vicios del Decreto Número N° 5.907. En efecto, como se analizó antes, el *currículo* parte de la tesis del Estado docente para sostener que la rectoría de la educación la ejerce la Administración, quien la concibe como un “proceso político y socializador”, de lo que deriva el uso instrumental que de la educación se hace, para la formación de los principios del modelo económico imperante, plasmado en el Plan de la Nación.

Tales fundamentos son, en nuestra opinión, contrarios al marco constitucional de la educación en Venezuela. Siguiendo lo tratado por G. Linares Benzo², cabe observar, en relación con lo expuesto, lo siguiente:

.- En *primer* lugar, recordar que la Constitución garantiza el derecho a la educación, en el marco de los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho (artículo 102) y, también, en el marco de los tratados internacionales de protección de derechos humanos, que tienen –recuérdese– rango constitucional preferente, en los términos del artículo 23 del Texto de 1999. Esto último es fundamental pues, de acuerdo con esos tratados, la educación

2 “Bases constitucionales de la educación”, en *Derecho y Sociedad*, número 2, Universidad Monte Ávila, Caracas 2001, pp. 217 y ss.

se concibe como deber y responsabilidad preferentes de los padres, bajo la regulación del Estado (artículo 26, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*).

.- En *segundo* lugar, la educación tiene un doble rol: en su faceta activa, atiende al derecho a educar, que constituye un derecho fundamental específico, de acuerdo con el artículo 106 constitucional; en su faceta pasiva, la educación atiende al derecho a ser educado.

.- La *tercera* consideración a realizar es que la educación, con las dos facetas ya señaladas, es un derecho cuyo ejercicio puede ser limitado por el Estado. Se trata de una situación de forzoso reconocimiento en el marco de la Constitución de 1999. La regulación ha de basarse, en todo caso, en criterios técnicos y objetivos, en tanto la educación se concibe como “instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico”. Otra consecuencia de ello es que la faceta activa del derecho a la educación La idoneidad técnica (artículo 104). No cabe, pues, la ordenación de la educación por motivos políticos.

.- En *cuarto* lugar, en su condición de derecho fundamental, la educación se encuentra protegida por el conjunto de garantías que protegen a esos derechos. Así, la *garantía formal*, asegura que las limitaciones a ese derecho han de contar con base legal suficiente. Encontramos también la *garantía del contenido esencial*, conforme a la cual, las limitaciones que los Poderes públicos establezcan sobre ese derecho no podrán desnaturalizarlo, haciéndolo irreconocible. Por último, las *garantías materiales*, las cuales propenden a que las limitaciones sobre este derecho no excedan de lo estrictamente necesario para satisfacer el fin de interés general tutelado.

.- La *quinta* consideración que es preciso realizar, se corresponde con la calificación de la educación como servicio público, a consecuencia de lo cual la Constitución impone al Estado la obligación de prestar y garantizar la dotación de ese derecho (artículos 102 y 103). Sin necesidad de retomar las muy distintas aristas que acompañan a tal declaratoria de servicio público, podemos sostener que en el marco de las normas constitucionales citadas, que la educación sea un servicio público alude a la obligación del Estado de garantizar su efectiva prestación, lo que la convierte en un *derecho prestacional*. No es el concepto *subjetivo* del servicio público el que subyace tras esas normas; antes por el contrario, es el concepto objetivo, es decir, la educación como actividad orientada a satisfacer necesidades de interés colectivo bajo la tutela del Estado, tal y como ha admitido la jurisprudencia (sentencias de la Sala Político-Administrativo de 19 de agosto de 1993, caso *Cámara Venezolana de Educación Privada*; de 19 de mayo de 2000, caso *Instituto Educacional Henry Clay* y de 3 de octubre de 2001, caso *Unidad Educativa Minerva*).

.- En *sexto* lugar, y desde la perspectiva del artículo 2 constitucional, la educación se encuentra garantizada en el marco del pluralismo político, y de allí que la Constitución garantiza a la educación de acuerdo con la pluralidad de pensamiento y el respeto a “todas las corrientes de pensamiento” (artículo 102).

.- En *séptimo* y último lugar, bajo la tesis según la cual la educación es derecho *preferente* de los padres y representantes, recordar que ellos tienen el derecho constitucionalmente garantizado a *seleccionar* el sistema educativo de su preferencia. Hay por ello un derecho de acceso a la educación plural, que conlleva implícito el derecho a decidir la educación de su preferencia (artículo 117). No cabe, pues, el modelo educativo único.

En resumen, el derecho a la educación se caracteriza por la capacidad de los padres y representantes de seleccionar, de acuerdo a sus propias decisiones, el modelo educativo de su

preferencia, dentro de las limitaciones que por razones técnicas y en el marco del pluralismo político, pueda adoptar la Administración, con subordinación plena a la Ley. También, y como derivación de la libertad general del ciudadano, la educación garantiza a los particulares fundar y dirigir centros educativos, igualmente, bajo la regulación técnica y apolítica que pueda adoptar la Administración. En ambos casos, la capacidad de decidir autónomamente el sistema educativo de su preferencia, técnico y apolítico, representa el contenido esencial del derecho analizado.

Para nosotros, los fundamentos del *currículo* se apartan de estos principios constitucionales. Así, no puede sostenerse, bajo la Constitución de 1999, que la educación es responsabilidad del Estado: antes por el contrario, como vimos, se trata de un derecho preferente de padres y representantes. Tampoco puede desarrollarse la regulación de la educación a partir del apalancamiento de los principios básicos del modelo político en ejecución, pues esa regulación sólo puede basarse en criterios técnicos y ha de ser, además apolítica. No cabe, pues, la funcionalización social de la educación, sea desarrollada por planteles públicos y privados.

La Constitución de 1999 establece una serie de principios que son obviados por el *currículo*. Frente a la educación bajo la conducción de los padres, se impone la educación bajo la conducción del Estado; frente a la educación en el marco de la pluralidad de pensamiento, el *currículo* condiciona políticamente la educación; frente a la educación como manifestación de la libertad general, la propuesta examinada se inclina por la educación como instrumento social del Estado; la educación limitada por criterios técnicos da paso a la educación limitada por criterios técnicos.

No se niega que el *currículo* pueda implementar propuestas de reformas adecuadas al derecho a la educación. Su contenido no es, sin embargo, examinado aquí, en tanto nos hemos limitado a contrastar sus fundamentos con los principios constitucionales en vigor, comparación de la que deriva, como primera conclusión, en la frontal inconstitucionalidad de incorporar, con el carácter normativo que le corresponde, los postulados del *currículo* que propenden a la funcionalización social de la educación de acuerdo, además, un programa político que expira en el 2013, como es la vigencia del Plan, a pesar que los cambios que se pretenden introducir exceden, muy mucho, de esa fecha.

APRECIACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 105
DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA Y
DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL

Alejandro Enrique Otero M.*
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *En el presente estudio se efectúa un análisis del artículo 105 la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) con el propósito de determinar su alcance dentro del contexto de la potestad sancionatoria del Estado. Para ello, se hace interpretación sistemática del texto de esa Ley, sin descuidar normas esenciales contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La conclusión del autor deriva finalmente de la exégesis misma de los artículos 9 y 82 al 111 de la LOCGRSNCF y con ella se intenta lograr una interpretación que sincere la aplicación de la norma analizada, con las disposiciones superiores que garantizan el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, la confianza legítima, el principio de unidad de la decisión y el principio de legalidad.*

En la actualidad cursan, tanto en la Sala Político Administrativa como en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, numerosas causas relacionadas con la potestad sancionatoria del Contralor General de la República. Algunas referidas a la declaratoria de responsabilidad administrativa –ejercida normalmente por vía de delegación-, pero las más relevantes y controversiales, vinculadas a las sanciones “accesorias” que “pueden” aplicarse de conformidad con el artículo 105 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.347, de fecha 17 de diciembre de 2001. Es a esta norma jurídica y precisamente a las sanciones ahí previstas, a lo que nos referiremos en las líneas siguientes.

En la mayoría de los casos y de manera general, la argumentación que se ha esgrimido en contra del artículo 105 de la LOCGRSNCF, radica en que viola el derecho que tiene toda persona a no ser juzgada más de una vez por los mismos hechos (*non bis in idem*), en la vulneración a la presunción de inocencia, en la imposibilidad de ser sancionado sin un procedimiento previo, en la infracción al derecho a la defensa, en la transgresión del principio de culpabilidad, en la falta de proporcionalidad, racionabilidad y adecuación al momento de aplicar la norma, en el hecho de que las sanciones accesorias previstas en esa norma inflingen un mal mayor a las que se aplican por vía principal; y, en líneas más generales, porque viola el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva.

En alguna oportunidad también se ha sostenido –posición que no compartimos-, que la presunción de legalidad y legitimidad de los actos administrativos sancionatorios (de

* Director del Instituto de Mejoramiento y Capacitación del Abogado (IMCA). E-mail: aotero@imca.org.ve

naturaleza legal), no puede superponerse a la presunción de inocencia (de naturaleza constitucional), motivo por el cual, los actos administrativos sancionatorios “no deben” –al menos sin atender a la progresividad y supremacía de los derechos constitucionales-, “ejecutarse sin que un juez haya ejercido su respectivo control”.

De igual forma –aunque tímidamente-, y con un fundamento similar al anterior, ha discurrido cierta postura tendente a considerar como “no administrativos” a los actos de aplicación no judiciales que contienen sanciones, sobre la base de que en éstos no subyace interés general alguno. Animándose entonces la idea de que en estos casos no existe ejecutividad y ejecutoriedad; en razón de lo cual, no tendría cabida siquiera una mera presunción de legalidad y legitimidad, y pareciera querer extraerse el *ius puniendi* de los órganos y entes administrativos.

Es importante destacar, que la visión que tenemos sobre el tema, no es más que el producto de una interpretación sistemática del texto íntegro de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) y de una estricta hermenéutica jurídica, donde la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es, como no hay duda, el elemento fundamental a tener en cuenta.

De tal manera que, en nuestro caso, las alusiones a la doctrina, pero sobre todo a la extranjera, no son sino un elemento adicional y referencial para abordar nuestra labor, dejando a un lado posiciones dogmáticas absolutas, para circunscribirnos al derecho positivo venezolano y a la evolución de nuestras propias instituciones, que sin embargo –hay que ser justos-, en no pocas oportunidades –quizás en la mayoría-tienen como fuente de creación otros ordenamientos.

En esta tónica, hemos optado por detallar al máximo aquellas consideraciones que tenemos sobre el artículo 105 de la LOCGRSNCF, elaborando –prácticamente- una enumeración que las aglutina y las reduce a su mínima expresión, más sin embargo agrupándolas en cuatro capítulos: el *primero*, donde se deja sentado el contenido y espectro de la norma bajo análisis; el *segundo*, donde se descubren las diez premisas de las que partimos para hacer nuestras consideraciones; el *tercero*, donde abordamos los aspectos particulares de la norma según nuestra óptica, abarcando nueve puntos concretos que si bien hemos separado para su mejor comprensión, tal como podrá apreciarse, se encuentran profundamente vinculados entre sí; y, el *cuarto*, donde hacemos una reflexión final sobre nuestra postura.

Ya para comenzar, es necesario aclarar que algunos amigos que hoy manejan varios de los casos de los que se encuentran cursando en el Tribunal Supremo de Justicia sobre este tema, y que están pendientes por decidirse, han recurrido a diversas de nuestras ideas con el objeto de construir parte de su argumentación, lo cual ha ocurrido en la mayoría de los casos con nuestra expresa aquiescencia¹, pues consideramos necesario contribuir aunque sea un poco, a definir de una vez por todas el alcance e implicaciones del artículo 105 de la LOCGRSNCF.

I. CONTENIDO DE LA NORMA

Establece el artículo 105 de la LOCGRSNCF, lo siguiente:

1 En otras ocasiones simplemente tomándolas de escritos presentados en procesos judiciales previos, más sin embargo con nuestro beneplácito.

“La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. **Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ‘ningún otro’ procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo** por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o **la destitución del declarado responsable**, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e **imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas** hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula” (Resaltado y subrayado añadido).

No cabe duda que la norma citada, constituye una verdadera manifestación de la potestad administrativa sancionatoria. En efecto, de su texto se desprende de manera incontrovertible, que el Contralor General de la República tiene competencia “exclusiva y excluyente” para imponer, según sea el caso, las sanciones de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación del ejercicio de funciones públicas, a aquellos funcionarios que hayan sido declarados administrativamente responsables previamente por el órgano contralor.

Dentro de los supuestos que habilitan la aplicación de las mencionadas sanciones, uno resalta por su importancia, a saber: la necesaria determinación previa, expresa y exhaustiva por parte del Contralor General de la República, de la entidad del ilícito y gravedad de la irregularidad cometida, en ejercicio de su competencia “exclusiva y excluyente”.

La aplicación de las sanciones accesorias sólo se hace posible, de existir una declaratoria de responsabilidad administrativa y multa respectiva como sanción principal. Sin embargo, la determinación de la entidad o gravedad de la irregularidad cometida, corresponde de manera exclusiva y excluyente al Contralor General de la República, con el objeto de fundamentar, según sea el caso, la imposición de las sanciones de suspensión, destitución e inhabilitación, con lo cual, resulta indiscutible, que dichas sanciones “accesorias” no deben ni pueden ser aplicadas de forma automática y subsiguiente a la sanción principal, sino que deben ser consecuencia de un análisis previo, exhaustivo y expreso acerca de la “gravedad” de la irregularidad principal, para lo cual el Contralor, debe atenderse a los indispensables parámetros de racionalidad, proporcionalidad y adecuación (cuantitativa y cualitativa) que enmarcan cualquier tipo de potestad discrecional, máxime, cuando se trate del ejercicio concreto de la potestad sancionatoria.

Sentado lo anterior, es indispensable considerar la manera en que debe ser ejercida la potestad sancionatoria ahí concebida, a fin de evitar transgredir los derechos fundamentales de aquellos sujetos contra los cuales se despliegue y concrete.

En efecto, la forma en que debe ser aplicado el artículo 105 LOCGRSNCF, se desprende de la mera exégesis normativa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la

República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. De hecho, no hacer mención a la “forma” en que debe ser aplicada esa norma, podría hacer pensar erradamente que se trata de una disposición “íntegramente” inconstitucional.

II. OBSERVACIONES ELEMENTALES (PREMISAS PARA EL RAZONAMIENTO)

1. Las sanciones administrativas son, en el “ordenamiento jurídico venezolano”, verdaderos actos administrativos dotados de ejecutividad y ejecutoriedad.

2. El derecho constitucional –garantía para algunos- a ser presumido inocente, se extiende, por expreso mandato constitucional, a los procedimientos administrativos sancionatorios. De tal manera que, cualquier consideración de la Administración, acerca de la conducta de los administrados y las sanciones respectivas, debe estar contenida en un acto formal producto de un procedimiento administrativo previo.

3. La presunción de legitimidad y legalidad de los actos administrativos no es, salvo mejor criterio, incompatible con la presunción de inocencia. Pensar lo contrario –lo que es perfectamente *acceptable*-, plantearía dos escenarios que deberán ser analizados indispensablemente y en su oportunidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como órgano competente: (i) la extracción absoluta del *ius puniendi* de manos de la Administración (inclusive en lo relativo a los regímenes disciplinarios en ordenamientos particulares); o, (ii) el necesario control de constitucionalidad sobre los artículos 8, 79 y 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

4. Los amplios poderes cautelares garantizados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes respectivas, permiten a los jueces, y a la propia Administración, suspender, “aún de oficio”, los efectos de actos administrativos sancionatorios una vez cumplidos los requisitos pertinentes, con lo cual, la presunción de legitimidad y legalidad que envuelve a éstos y que permite su ejecución sin necesidad de participación judicial, queda en suspenso hasta el fallo o resolución definitiva.

5. Las sanciones previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal, son de estricta naturaleza accesoria y deben imponerse de manera *proporcional, razonable y adecuada (cuantitativa y cualitativamente)*, y dentro del único y especial procedimiento previsto para ello en esa Ley.

6. Los supuestos de responsabilidad administrativa contenidos en todas las normas sancionatorias previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal, ya sean accesorias o principales, *son de estricta naturaleza subjetiva, motivo por el cual deben imponerse atendiendo de manera estricta al principio de culpabilidad*.

7. Los sujetos pasivos de las sanciones previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal, son aquellos que encuadren en la noción de funcionario público en sentido lato –inclusive bajo régimen contractual-, y no solamente aquellos considerados por el ordenamiento jurídico como funcionarios de carrera. Los funcionarios de elección popular pueden ser entonces destinatarios de este tipo de sanciones administrativas, más sin embargo, respetando el orden espacial y temporal de la voluntad popular². Asimismo, debe aclararse que atendiendo al numeral 12 del artículo 9 de la LOGRSNCF, los particulares también pueden verse afectados por el control fiscal.

2 Debe recordarse que de conformidad con la jurisprudencia reiterada y vinculante de la Sala Constitucional, “... las sanciones que se impongan con ocasión de ilícitos administrativos, civiles o

8. Declaratoria previa de responsabilidad administrativa no es equivalente a “firmeza” del acto administrativo que la contiene. Al margen de consideraciones históricas, no existe disposición alguna en la LOCGRSNCF, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.347, de fecha 17 de diciembre de 2001, donde se destaque **la necesidad de firmeza** del acto que establece las sanciones principales, para imponer –de ser el caso-, las sanciones “accesorias”. De tal manera que, el Contralor General de la República debe incorporar su pronunciamiento respecto a las sanciones accesorias al mismo acto de declaratoria de responsabilidad administrativa, con el objeto de que el destinatario pueda controlar un acto único que genere **certeza plena**.

9. En fase constitutiva debe garantizarse el debido proceso y derecho a la defensa de manera plena y con participación de los interesados, en razón de lo cual, la posibilidad de recurrir resulta insuficiente y no es más que un segundo estadio de defensa.

10. La nulidad que podría declararse respecto al artículo 105 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal, pareciera limitarse estrictamente a la sanción de inhabilitación ahí prevista, ello, como se verá más adelante, como consecuencia de la disposición prevista en el artículo 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con algunas normas de la Ley Contra la Corrupción. La nulidad sería entonces en nuestro criterio, parcial.

Algunos de los aspectos aquí esbozados ya han sido pronunciados por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 02589 de fecha 13 de noviembre de 2001.

III. ASPECTOS PARTICULARES

1. **La forma en que actualmente es aplicado el artículo 105 de la LOCGRSNCF, podría hacer pensar que se trata –íntegramente- de una disposición inconstitucional.**

A. El artículo 105 de la LOCGRSNCF, es una norma cuyo objeto es tutelar el patrimonio público y el interés general.

B. Las sanciones accesorias no deben ni pueden ser aplicadas de forma automática y subsiguiente a la sanción principal, sino que, deben ser consecuencia de un análisis previo, exhaustivo y expreso acerca de la “gravedad” de la irregularidad principal, para lo cual el Contralor, debe atenerse a los indispensables parámetros de racionalidad, proporcionalidad y adecuación que enmarcan cualquier tipo de potestad discrecional, máxime, cuando se trate del ejercicio concreto de la potestad sancionatoria, y en el caso concreto, materializable mediante una competencia de naturaleza “exclusiva y excluyente”.

C. Para la aplicación de la sanción de inhabilitación, previamente debe haber sido impuesta la de destitución, por ser su antecedente lógico natural.

disciplinarios, según el caso, encuentran límites en la condición de representante popular del sancionado (pues) la sanción impuesta no puede entorpecer las funciones del representante popular en el período para el cual fue electo... Se trata, pues, de una sanción cuyos efectos deben comenzar a verificarse una vez vencido el período...”. “La inhabilitación para ejercer cualquier función pública... comienzan (*sic*) a surtir efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el representante popular sancionado...” (Sentencias de fecha 08 de marzo y 31 de mayo de 2005, recaídas en el expediente 04-0425 y sentencia de fecha 12 de julio de 2005, recaída en el expediente N° 04-2534). Sin embargo, también es de destacar la lamentable sentencia N° 1240, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 22 de junio de 2006, cuya lectura recomendamos y a cuyo voto salvado nos adherimos.

2. La naturaleza subjetiva de los supuestos principales y accesorios de responsabilidad administrativa y el principio de culpabilidad.

A. Es imposible sostener que las sanciones accesorias previstas en el ya aludido artículo 105, sean de naturaleza objetiva, pues las condiciones para su aplicación, *por mandato expreso de la ley*, son la determinación de la entidad del ilícito y la gravedad de la irregularidad cometida; **elementos estos de eminente naturaleza “subjetiva”**, que sin lugar a dudas, impiden trasladar la “tesis” de responsabilidad objetiva a las sanciones accesorias.

Enseña Peña Solís que:

“... en Venezuela el principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa, pese a que doctrinariamente pueda aparecer asociado al principio de legalidad sancionatorio, en realidad su fundamentación reposa en el artículo 49, encabezamiento y numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”³

De igual forma recalca el citado autor que:

“...la fundamentación constitucional del principio bajo examen,... de suyo implica en el contexto sancionatorio la proscripción de la responsabilidad objetiva o por resultado, y la plena vigencia de la responsabilidad subjetiva...”⁴

B. Si los “supuestos generadores de responsabilidad administrativa” previstos para la aplicación de sanciones principales tuvieran naturaleza “objetiva”, *¿sobre la base de qué parámetros podría el Contralor General de la República, considerar que determinada irregularidad es grave o no a fin de imponer las sanciones de suspensión, destitución e inhabilitación?*

C. La naturaleza objetiva en lo supuestos de responsabilidad pautados para sanciones principales, implicaría la aplicación “automática” de las respectivas sanciones accesorias, pues **lo determinante entonces no sería la entidad o gravedad de la irregularidad cometida sino la simple existencia de esta última**, con lo cual **se desnaturalizaría completamente la letra del artículo 105** de la LOCGRSNCF, donde se exige expresamente, la determinación de la entidad y gravedad de la irregularidad que dio origen a la sanción principal, y adicionalmente, **se vulneraría el principio de legalidad pautado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**⁵.

D. La intención, error o negligencia gradual –entre otros- del sujeto al momento de haber cometido el ilícito administrativo (principio de culpabilidad e imputabilidad), *es el elemento fundamental para la determinación proporcional, racional y adecuada, de la gravedad de la irregularidad cometida*, con lo cual, podrán adoptarse o no las sanciones de suspensión, destitución e inhabilitación sin vulnerar derechos fundamentales como el debido proceso; pensar lo contrario significará, que el Contralor General de la República, de manera

3 PEÑA SOLÍS, José. *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública en Venezuela*, Colección de Estudios Jurídicos N° 10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2005, pp. 168 y 169.

4 *Íbidem*, p. 169.

5 También hay quien ha sostenido, que las sanciones previstas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, siempre deben imponerse –no son potestativas-, razón por la cual el análisis que hace el Contralor General de la República, se reduce a la duración temporal de las sanciones de suspensión o inhabilitación, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida. Posición con la que estamos en completo desacuerdo, pues creemos firmemente que esas sanciones y la de destitución podrían no imponerse ante supuestos de naturaleza leve.

automática y sin base en elementos mínimos para la determinación de la gravedad, aplique las sanciones accesorias de suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, tan sólo, *por la existencia misma de una sanción principal* y no atendiendo a su presupuesto lógico-operativo, a saber: ***una cierta, fundamentada, expresa y proporcional declaratoria de gravedad.***

E. Se trata entonces del ejercicio coherente de la potestad sancionatoria, respecto a derechos inmanentes a la persona humana, a lo cual están obligados todos los órganos del Poder Público y de la protección del bien jurídico tutelado (patrimonio público /interés general).

F. Jamás podría la sanción accesoria, infligir un mal mayor a la principal, y ello debe delimitarse con base a un juicio estricto de proporcionalidad, al momento de adoptarse la decisión.

Afirma Peña que:

“...el modelo a seguir, que no es otro que el del Derecho penal, desde hace muchísimo tiempo, por razones elementales de lógica, conceptúa a la **pena principal**, como aquella que le **inflinge el mal mayor** al sancionado, y las **acesorias y complementarias**, como su nombre lo indica, aquellas que ciertamente contribuyen a acentuar ese mal desde una perspectiva diferente, pero que en definitiva **comportan un mal mucho menor** (...)de tal manera que cuando se ponderan sobre la base de la variable gravedad ambos tipos de sanciones (...) resulta concluyente la diferencia abismal entre la principal y la accesoria o complementaria”⁶.

Precisamente partiendo de la premisa de que las sanciones accesorias previstas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, inflingen un mal mayor a la declaratoria de responsabilidad administrativa e imposición de multa, es que algunos han planteado con vehemencia la vulneración del principio *non bis in idem* y *de la cosa decidida administrativa*. Pues son tan perjudiciales sus efectos con respecto a la sanción principal, que materialmente resulta imposible considerarlas como verdaderas sanciones accesorias, debiendo suponerse entonces que se están aplicando nuevas y verdaderas sanciones principales por los mismos hechos ya sancionados.

G. Tal como lo ha observado ya el profesor Santamaría Pastor⁷, las sanciones de destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en tanto sanciones accesorias que causa gravísimos perjuicios a quien se dirijan, se justifican únicamente en casos en los que existan suficientes elementos para pensar que el comportamiento del funcionario sancionado, impide establecer un vínculo de confianza entre él y los entes públicos, presumiéndose entonces un comportamiento futuro alejado de la legalidad, con lo cual, se deja de manifiesto el ***eminente carácter subjetivo de las sanciones “accesorias” en comentario.***

H. En la labor de interpretación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, ***debe primar aquella que mejor se acomode a los principios y valores constitucionales***, pues de lo contrario, se vulnerarían derechos fundamentales, efectivamente:

6 PEÑA SOLÍS, José. *La Potestad Sancionatoria...*, p. 192.

7 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derechos Administrativos*, Volumen 2, 3ª Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 400.

“las sanciones que en cada caso se impongan han de ser sólo y exclusivamente las estrictamente necesarias para que la privación cumpla con su doble **finalidad represiva y preventiva; las sanciones, por tanto, no son instrumentos de ordenación y política sectorial, utilizables en función de los objetivos y necesidades propios de dicha política, sino instrumentos represivos cuya determinación cuantitativa (y cualitativa) está en función exclusiva de la gravedad de los hechos y las características del infractor**” (Resaltado añadido)⁸.

I. No cumplir con los parámetros expuestos al momento de aplicar el artículo 105 de la LOGRSNCF, traería como inevitable consecuencia, la ruptura del principio de proporcionalidad, racionalidad y adecuación, se desatendería el principio de culpabilidad y como consecuencia de ello, se vulneraría flagrantemente el debido proceso. ***Todo lo cual podría hacer pensar erradamente, que el mencionado artículo 105 es íntegramente inconstitucional, cuando realmente estaríamos en presencia de una “aplicación” ilegal e inconstitucional.***

3. El legislador venezolano previó un procedimiento único en la LOGRSNCF

A. De la expresión “sin que medie ningún ‘otro’ procedimiento” prevista en la norma en comentario, se infiere claramente que, no es de ningún ‘otro’ procedimiento administrativo del que debe emanar la sanción accesoria, sino de aquél mismo y único donde se produjo la sanción principal, pues sabido es, que la naturaleza accesoria de la sanción no implica que debe ser aplicada sin procedimiento o en otro acto, sino que precisamente su emanación está consustanciada al *iter* procedimental en donde se genera la sanción principal; y es de este último procedimiento y mediante una decisión global que abrace a ambas donde debe producirse, a fin de garantizar los derechos fundamentales y garantías procedimentales del sancionado.

B. Es necesario entonces que las sanciones accesorias ***se produzcan en el mismo acto donde se impongan las sanciones principales***, a fin de evitar incertidumbres en los sujetos a sancionar, que vulneren directamente al derecho fundamental a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva (oportunidad, certeza y unidad de la decisión) y al principio de confianza legítima⁹.

C. La naturaleza accesoria de una sanción, no significa que la misma deba ser aplicada a través de un acto administrativo independiente al que contiene la sanción principal, pues ***lo accesorio no es el acto administrativo donde ella se encuentre contenida, sino la sanción***

8 *Ob. Cit. Principios de...*, p. 393.

9 En efecto, el que no se apliquen las sanciones accesorias en el mismo acto donde se impone la sanción principal, implica que el sujeto sancionado, tenga la confianza legítima de que en su caso particular, ***no era procedente la sanción accesoria***, pues de lo contrario, se habría impuesto junto con la principal de manera unitaria. Confianza que se pone de manifiesto, cuando los afectados ejercen los recursos administrativos correspondientes contra el acto que impone la sanción principal, sin hacer la más mínima mención a sanción accesoria alguna, pues no tienen planteado que en efecto se imponga. De tal forma que, ***demuestran su esperanza fundada en que ello no sucederá***. Así pues, aplicar una sanción accesoria en un momento distinto a aquél donde se impone la sanción principal, o, para ser más laxos en el comentario, en un lapso que no sea razonable, implica un flagrante atentado contra el principio de confianza legítima y tutela judicial efectiva. Al respecto ha indicado Rondón de Sansó citada por Antela Garrido, que: ***“...la expectativa legítima (también denominada confianza legítima) es aquella situación en la que un sujeto está dotado de una expectativa justificada a obtener de otro una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, razón por la cual, el ordenamiento jurídico la tutela”***.

en sí misma, en razón de lo cual, *lo propio es que*, al igual que ocurre en materia penal (rama que además informa al derecho administrativo sancionatorio), *exista únicamente una decisión, donde se encuentren contenidas tanto la sanción principal como la sanción accesoria, para así preservar la garantía de unidad de la decisión, seguridad jurídica, debido proceso, y en general, tutela judicial efectiva.*

D. La aplicación de la sanción accesoria debe llevarse a cabo en el mismo acto donde se imponga la sanción principal. A tal efecto, será necesario que el Contralor General de la República, quien detenta la competencia exclusiva y excluyente para aplicar la sanción accesoria, determine previamente y en el mismo acto que contenga la sanción principal – o a través de una actuación de corte instrumental o integrativa-, la gravedad de la irregularidad que originó esta última sanción, *permitiendo así a los sujetos sancionados, tener certeza acerca del castigo a imponer.*

E. La participación del Contralor General, debe efectuarse tanto para aplicar la sanción accesoria, como para determinar su improcedencia en atención al carácter leve o levísimo de la irregularidad, pues de tales consideraciones, es precisamente de donde dimana la certeza del castigo impuesto y la seguridad de que a futuro, no se impondrá ninguna otra sanción de corte accesorio, pues es completamente contrario a la condición del ser humano, el encontrarse sometido indefinidamente a la expectativa de posibles castigos; verbigracia, sometido únicamente a los 1.825 días que componen el lapso de derecho a la prescripción de acciones sancionatorias, y más aun cuando éste puede ser interrumpido.

F. Es indispensable que en el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa y *antes de que se produzca la decisión definitiva –lo que no es igual a decir “cuando esté firme el acto”-*, intervenga tanto el órgano que ejerce la competencia para la imposición de la sanción principal – de haberse delegado-, como el Contralor General de la República, con el objeto de producir una decisión única que proporcione *certeza plena* acerca del alcance de los castigos a imponer, sin que sea posible aducir, que la participación de distintos órganos en un procedimiento sancionatorio o en la determinación de sanciones principales y accesorias, impliquen de suyo, la existencia de múltiples actos administrativos sancionatorios.

4. Los artículos 103, 106, 107 y 108 de la LOCGRSNCF indican que la interpretación correcta es la anterior

A. La competencia natural atribuida a la Contraloría General de la República como órgano de control fiscal, para declarar la responsabilidad administrativa e imponer las multas a que se contraen los artículos 91 y 94 de la LOCGRSNCF, *debe ser ejercida directamente, por el Contralor General de la República* de acuerdo a las normas mencionadas, *salvo que excepcionalmente delegue su ejercicio* a algún órgano de Dirección de la propia Contraloría General, *en lo que concierne restringidamente al artículo 103 de la Ley.*

B. El legislador al regular el ‘único’ y especial procedimiento establecido en la Ley para la declaratoria de la responsabilidad administrativa e imposición de multas, partió del hecho de que como regla general, es el Contralor General quien debe tramitarlo y decidirlo, en razón de lo cual previó expresamente en el artículo 105 de LOCGRSNCF, que las sanciones accesorias a que hubiere lugar, deben imponerse sin que medie *ningún ‘otro’ procedimiento distinto a aquél donde se impuso la sanción principal*, con lo cual *quedarían plenamente garantizados los principios de oportunidad, certeza, unidad de la decisión, y sobre todo, el derecho fundamental a la seguridad jurídica.*

5. El sistema de recursos administrativos previsto en la LOCGRSNCF evidencia la existencia de un procedimiento único

A. Con el objeto de garantizar el derecho a la defensa de los sancionados y el respectivo control judicial, la LOCGRSNCF previó en el artículo 108, que contra esas decisiones (*las que imponen las respectivas sanciones principales y accesorias mediante un único acto administrativo*) se puede ejercer directamente el respectivo recurso contencioso administrativo de nulidad. Es decir, no se previó un recurso jerárquico, sino tan sólo la posibilidad ejercer recurso de reconsideración a tenor de lo establecido en el artículo 107, *porque se partió del supuesto de que era la máxima autoridad quien debía tramitar y decidir el ‘único’ procedimiento existente para la imposición –en un solo acto- de las sanciones principales y accesorias.*

B. Lo que hace que todo resulte más evidente aún, es que *no existe ninguna disposición* en la LOCGRSNCF donde se haya regulado –como es obvio-, la posibilidad de controlar judicialmente y de manera independiente, actos administrativos que contuvieran de forma aislada las sanciones accesorias previstas en el artículo 105 LOCGRSNCF. Y ello así, no porque estas sean ajenas al control judicial, sino por el hecho que *deben estar contenidas en el mismo acto administrativo donde se imponga la sanción principal a fin de ejercer el respectivo control administrativo o judicial*, de conformidad con lo establecido en los artículos 107 y 108 de la LOCGRSNCF, de los cuales también se desprenden reminiscencias –como es de esperarse- a los principios de oportunidad, unidad de la decisión y derecho fundamental a la seguridad jurídica.

C. No existe fundamento legal alguno que permita dictar las sanciones accesorias en un acto separado y distinto a aquél donde se impone la sanción principal, máxime, cuando con semejante postura –impensable para el sabio legislador- se vulnerarían flagrantemente principios esenciales y derechos fundamentales.

6. El alcance de las delegaciones y consecuencias de la inconcebible división del procedimiento.

A. La ‘posibilidad’ que tiene el Contralor General de la República, de delegar el ejercicio de la competencia que le ha sido atribuida para tramitar y decidir el procedimiento de declaratoria de responsabilidad administrativa e imposición de multa, *no conlleva de suyo que el ‘único’ procedimiento existente para aplicar sanciones principales y accesorias de manera unitaria, se tergiverse de forma tal que se permita dividirlo de manera accidental, en dos procedimientos en perjuicio del “único, regular y especial” legalmente establecido*, ni mucho menos da para pensar que la potestad exclusiva y excluyente establecida en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, puede materializarse sin procedimiento alguno.

B. Sólo se debe acudir a la aplicación de un procedimiento *ad-hoc*, cuando no existe un procedimiento previo y específico para la tramitación de un determinado asunto. Pues de existir uno especial –como es el caso de la LOCGRSNCF-, es sólo ese el que debe seguirse de manera íntegra y sin tergiversar su contenido.

C. Las decisiones dictadas en ejercicio de la potestad delegada pueden ser recurridas también de manera directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 108 LOCGRSNCF), *pues no podría ejercerse recurso jerárquico ante el Contralor*, en función del principio que predica que “los actos administrativos derivados del ejercicio de atribuciones delegadas, a los efectos de los recursos correspondientes *se tendrán como*

dictados por la autoridad delegante”¹⁰. Principio este que también refuerza el hecho de que es el Contralor General, quien debe ejercer directamente la competencia para tramitar y decidir el procedimiento de declaratoria de responsabilidad administrativa e imposición de multa, siendo que aún en el supuesto excepcional de que sea delegada esa competencia, los actos *se tendrán como dictados por él*, motivo por cual es hasta de perogrullo indicar, “*que una delegación no puede servir de fundamento –baladí- para subvertir el orden del ‘único’ procedimiento pautado en la Ley para la imposición de sanciones principales y accesorias*”, en perjuicio de principios elementales y derechos fundamentales.

7. La particular situación de los altos funcionarios públicos.

A. A tenor de lo establecido en el artículo 97 de la LOCGRSNCF, cuando los sujetos investigados son *funcionarios de alto nivel en ejercicio* de los entes mencionados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la LOCGRSNCF, es la *Contraloría General de la República*, cómo órgano de control fiscal, a quien le compete, de ser el caso, formular los reparos, declarar la responsabilidad administrativa e imponer las multas respectivas, salvo que decida el archivo de las actuaciones. Cuando no se trata de funcionarios de alto nivel en ejercicio, la competencia corresponde –respectivamente- al resto de los órganos de control fiscal distintos a la Contraloría General de la República, previstos en el artículo 26 de la LOCGRSNCF.

B. Esta competencia que tiene atribuida la “Contraloría General de la República”, cómo órgano de control fiscal en lo que concierne a funcionarios de alto nivel (Vgr. los pertenecientes al Poder Público Municipal), *debe ser ejercida directamente* –tal como se dijo en líneas anteriores- *por el Contralor General de la República*, a tenor de lo establecido en los artículos 103, 106, 107 y 108 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal, puesto que, recordemos, la competencia natural atribuida a la Contraloría General de la República como órgano de control fiscal, para declarar la responsabilidad administrativa e imponer las multas a que se contraen los artículos 91 y 94 de ese texto legal, *debe ser ejercida directamente, por el Contralor General de la República, salvo que excepcionalmente delegue su ejercicio* a algún órgano de Dirección de la propia Contraloría General, *en lo que concierne restringidamente al artículo 103*.

C. El que sean otros órganos de control fiscal –distintos a la Contraloría General de la República- los que hayan tramitado el procedimiento para la determinación de la responsabilidad administrativa -lo que sucedería solamente cuando el funcionario bajo investigación no sea de los de alto nivel pertenecientes a los entes u organismos mencionados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la LOCGRSNCF-, *no quiere significar que el Contralor General de la República se encuentre imposibilitado de participar en esos procedimientos de conformidad con el artículo 105 de la LOCGRSNCF, ni mucho menos, que la remisión del respectivo expediente administrativo contentivo del acto donde se impone la sanción principal, deba llevarse a cabo una vez materializada la firmeza administrativa*.

D. No existe disposición alguna donde se destaque **la necesidad de firmeza** del acto que establece las sanciones principales, para imponer –de ser el caso-, las sanciones accesorias, de hecho, la remisión de los antecedentes no necesariamente debe efectuarse cuando se encuentre firme “el acto”, *si se llegara a entender de una vez por todas, que éste*

10 Principio que se encuentra recogido hoy día en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pero que inclusive antes de ser recogido por el derecho positivo, informaba plenamente al derecho administrativo.

debería controlarse, una vez que el contralor incorpore a él su pronunciamiento acerca de la imposición o no de la respectiva sanción accesoria, con lo cual, se daría cumplimiento a todos los principios esenciales y derechos fundamentales, como lo son, unidad de la decisión, certeza, economía, confianza legítima, seguridad jurídica y debido proceso, entre otros.

E. No se quiere significar que el acto donde se imponga la sanción principal no pueda recurrirse ni mucho menos, sino que **debe existir un acto “único” -que genere certeza plena-, donde se impongan tanto sanciones principales como accesorias, y sólo de ese acto “único” es del que deberá recurrir el particular, ya sea ejerciendo el respectivo recurso de reconsideración opcional ante el Contralor General de la República –quien no pierde su competencia por haberla delegado excepcionalmente de manera restringida-¹¹, o ante la jurisdicción contencioso administrativa.**

8. Una lamentable posición.

A. Tal como esta ocurriendo en la práctica, sería muy lamentable asumir una posición inconstitucional, donde se predique que las sanciones principales y accesorias “deben” tramitarse en procedimientos separados y “deben” imponerse también en actos administrativos separados, lo cual conllevaría además, que “deban” ser recurridos de manera separada.

B. Esta posibilidad de control separado de los actos en vía administrativa, comportaría de suyo, que hasta que no quede firme el acto administrativo donde se impone la sanción principal –puesto que eventualmente podría variar en función de la respuesta a los recursos administrativos ejercidos-, el Contralor General no podría –con certeza- imponer las respectivas sanciones accesorias.

C. Ese mismo criterio de separación permitiría afirmar inconstitucionalmente, que las sanciones accesorias sí son de aplicación automática frente a la mera existencia de la sanción principal, con lo cual, no sólo se subvertiría completamente el *procedimiento administrativo sancionador especial y unitario establecido en la Ley*, sino que por vía de consecuencia, se infringirían los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad que deben garantizarse al momento de la imposición de la sanción accesoria, y en definitiva, todos los derechos fundamentales mencionados en líneas anteriores.

D. Según lo establecido en los artículos 107 y 108 de la LOCGRSNCF, sólo se pautó para el control del acto administrativo sancionatorio que impusiera –de ser el caso- sanciones principales y accesorias, *un recurso de reconsideración –opcional- y el respectivo recurso contencioso administrativo de nulidad, pues el legislador entendió –como era lo propio al legislarse en función de la Constitución¹²- que a nadie se le ocurriría tergiversar el procedimiento de forma tal, que vulnerase derechos fundamentales y principios esenciales del derecho.*

9. Visión de nulidad parcial del artículo 105 de la LOCGRSNCF

El supuesto de inhabilitación previsto en el artículo 105 de la LOCGRSNCF ya se encuentra regulado como “pena” –accesoria- en el artículo 96 de la Ley Contra la

11 Argumentar que la competencia se pierde cuando es delegada es una completa equivocación jurídica, pues siendo ello así, el delegante jamás podría recuperarla o revocar el acto que la contiene, salvo que el delegado, a su voluntad se la “transfiera” nuevamente.

12 Vid. Artículo 7.

Corrupción, norma de la que por cierto se desprende la necesidad de aplicar tal “pena accesoria” en la misma sentencia donde el juez castigue a un funcionario público por la comisión de los delitos tipificados en la Ley Contra la Corrupción y no en una sentencia distinta y posterior a aquella en donde se impone la pena principal.

Atendiendo a lo anterior y partiendo del supuesto de que los efectos de una inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, ya sea pena o ya sea sanción administrativa, son idénticos en cuanto a su aspecto material (imposibilidad cierta de ocupar cargos públicos), mal podrían coexistir en un mismo ordenamiento sancionatorio, una versión penal y una administrativa *de la misma*¹³.

En efecto, es de hacer notar que tanto la sanción administrativa prevista en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, como el tipo penal previsto en el artículo 96 de la Ley Contra la Corrupción, prevén es la “inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas” o “inhabilitación para el ejercicio de la función pública”, pero de ninguna forma se encuentra previsto en esas normas como sanción o pena, la “inhabilitación política”.

En consecuencia, o la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública es penal o es administrativa, motivo por el cual y siendo tan nocivos sus efectos, debe pervivir sólo aquella que sea aplicada por un verdadero juez en ejercicio de la función jurisdiccional-judicial y apoyado en el derecho constitucional a ser presumido inocente, en el principio *non bis in ídem* y con fundamento en el derecho a ser juzgado solamente por el juez natural, es decir, por el juez penal que ha aplicado una pena principal como consecuencia de un –verdadero- “delito” contra la cosa pública.

La intensidad que posee una pena y sus características esenciales, impide que un órgano administrativo las imponga –bajo el subterfugio de que es una versión administrativa-, pues ello es materia exclusiva del Poder Judicial. En razón de ello, la sanción de inhabilitación prevista en el artículo 105 de la LOCGRSNCF y en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 39 de la Ley Contra la Corrupción, deberían ser anuladas por colidir con los artículos 26; 49 numerales 2, 4 y 7; 65; y segundo párrafo del 253, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debiendo pervivir única y exclusivamente, el supuesto de inhabilitación previsto en el artículo 96 de la Ley Contra la Corrupción.

Ahora bien, es en los artículos 10, 13, 16 y 24 del Código Penal¹⁴, donde se prevé la posibilidad de “inhabilitar políticamente” a un ciudadano, “inhabilitación política” que, a diferencia de lo que ocurre con la “versión administrativa” de la “inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas”, sí afecta el derecho al sufragio en su doble dimensión¹⁵, es decir, el derecho al sufragio pasivo, o lo que es que igual, el derecho de todo ciudadano a postularse a cargos de elección popular, y el derecho al sufragio activo, es decir, el derecho de todo ciudadano a elegir mediante votación universal, directa y secreta, a aquellos que se hayan postulado para cargos de elección popular, de hecho, la “inhabilitación política”, que

13 Lo que no quiere significar imposibilidad para declarar la responsabilidad civil, penal y administrativa sobre un mismo sujeto.

14 Artículo 24 Código Penal: La inhabilitación política no podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria, de las de presidio o prisión, y produce como efecto la privación de los cargos o empleos públicos o políticos que tenga el penado y la incapacidad, durante la condena, para obtener otros y para el goce del derecho activo y pasivo del sufragio.

También perderá toda dignidad o condecoración oficial que se le haya conferido, sin poder obtener las mismas ni ninguna otra durante el propio tiempo.

15 Artículos 62, 63, 64 y 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

insistimos, no es sinónimo de “inhabilitación para el ejercicio de la función pública”, afecta el derecho a asociarse libremente con fines políticos.

De lo anterior se colige necesariamente, que aquellos ciudadanos que han sido inhabilitados administrativamente “para el ejercicio de funciones públicas” se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos políticos, es decir, podrán asociarse libremente con fines políticos, podrán elegir a quienes se postulen a cargos de elección popular y, lo más importante, podrán postularse a cargos de elección popular¹⁶, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sólo quienes hayan sido condenados por “delitos” cometidos durante el ejercicio de sus funciones y más específicamente, por “delitos” que afecten la cosa pública, son quienes no podrán optar a cargo alguno de elección popular, condena que, únicamente puede imponer el juez competente en materia penal¹⁷ y no un órgano administrativo como el Contralor General de la República.

Dentro del contexto que hemos ido señalando en este punto, es de hacer notar que los sujetos pasivos de las sanciones de suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, previstas en artículo 105 de la LOCGRSNCF, parecieran ser únicamente aquellos funcionarios públicos distintos a los de elección popular, pues la ejecución material de dichas sanciones corresponde a la máxima autoridad del ente u órgano al que se encuentra adscrito el funcionario sancionado; de hecho, la norma prevé que si el sancionado es precisamente la máxima autoridad del ente u órgano respectivo, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

La situación descrita plantea una evidente dificultad, pues quienes ocupan cargos de elección popular no son designados por funcionario alguno, en tanto que precisamente fueron electos por el pueblo y además sólo pueden ser separados forzosamente (“removidos” o “destituidos”) de sus cargos por condena penal, por referendo popular revocatorio del mandato o por una reestructuración en la organización del Estado producto de una Asamblea Nacional Constituyente, con lo cual, las sanciones de suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, previstas en artículo 105 de la LOCGRSNCF, *eran de imposible ejecución frente a aquellos sujetos que ocuparan este tipo de cargos*, sin embargo, “la solución” que encontró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para salvar esta situación, fue la de interpretar –extensivamente– a través de sentencia, que dichas sanciones administrativas sí son aplicables a quienes ocupen cargos de elección popular, pero con la peculiaridad de que los efectos de estas sanciones deben comenzar a verificarse una

16 “...el derecho al sufragio, tanto en sentido activo –elegir– como pasivo –ser elegido–, no se agota en el simple hecho de votar o resultar electo, sino que debe extenderse a su reconocimiento y, en algunos casos, a la entrega misma del cargo a la persona que ha sido electa, puesto que su desconocimiento o negativa de entregar el cargo a quien resulte elegido, constituye, a efectos prácticos, una flagrante violación del referido derecho constitucional. En los procesos electorales, la fase subsiguiente al acto de votación, y con la cual finaliza el proceso electoral, es la correspondiente a la Totalización, Adjudicación y Proclamación de los vencedores, siendo que la Proclamación no constituye solamente el pronunciamiento del órgano electoral competente sobre la determinación del resultado, sino que, necesariamente, debe incluir la investidura del elegido, cualquiera sea la modalidad de ésta: juramentación, entrega de credencial, posesión efectiva del cargo, etc. Así, no podrá considerarse finalizado el proceso electoral que no culmine en la efectiva toma de posesión del cargo por parte del candidato electo, lo cual, evidentemente, debe ser objeto de tutela por parte de esta Sala Electoral...”. Sentencia N° 03 de Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente N° 06-000117 de fecha 29 de enero de 2007.

17 Artículo 35 del Código Penal: Siempre que los Tribunales impusieren una pena que lleve consigo otras accesorias por disposición de la ley, condenarán también al reo a estas últimas.

vez vencido el período para el cual fue electo el representante popular sancionado, con el objeto de no entorpecer las funciones del representante popular en el período para el cual fue electo¹⁸.

Como fácilmente puede observarse, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia legisló en materia sancionatoria al momento de pronunciarse respecto al alcance de la norma comentada frente a los cargos de elección popular, cuestión que de por sí es criticable. Sin embargo, al margen de dicha crítica y de lo correcto o incorrecto en el actuar de dicha Sala, lo cierto es que los efectos de la sanción administrativa de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas prevista en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, no pueden ser asimilados a los efectos de la pena accesoria de “inhabilitación política” prevista en el Código Penal, sin que se produzca una violación flagrante al artículo 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para finalizar, vale decir que la peculiar interpretación extensiva hecha por la Sala Constitucional entorno a la aplicación de la sanción administrativa de “inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas” prevista en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, a quienes ocupen cargos de elección popular, tiene en realidad efectos insubstanciales, en virtud de la imposibilidad constitucional de trasladar los efectos de la pena accesoria de “inhabilitación política” a dicha sanción administrativa, de hecho, esa imposibilidad constitucional implica por sí sola, que poco importe el que en dichos cargos de elección popular se ejerza función pública, pues como dijimos anteriormente, quien se encuentra administrativamente inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, no se encuentra impedido de postularse a cargos de elección popular, en razón de lo cual, de resultar electo, sólo podrá ser separado forzosamente de su cargo por condena penal, por referendo popular revocatorio del mandato o por una reestructuración en la organización del Estado producto de una Asamblea Nacional Constituyente, cuestión que, insistimos, desnuda la naturaleza anodina de la inhabilitación administrativa frente a los mandatos de elección popular, lo inconveniente de la interpretación extensiva formulada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la necesidad de anular parcialmente el artículo 105 de la LOCGRSNCF, a fin de que únicamente perviva la “versión” penal prevista en el artículo 96 de la Ley Contra la Corrupción, pena accesoria esta cuyos efectos, suponemos, se intentarán equiparar judicialmente a los una “inhabilitación política” a fin de afectar el derecho al sufragio e impedir que se opte a cargos de elección popular.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Insistimos entonces para finalizar, que la apreciación correcta acerca de la tramitación del único procedimiento sancionatorio especial, se desprende claramente de la exégesis de los artículos 9 y 82 al 111 de la LOCGRSNCF, motivo por el cual, debe execrarse cualquier

18 Debe recordarse que de conformidad con la jurisprudencia reiterada y vinculante de la Sala Constitucional, “... las sanciones que se impongan con ocasión de ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran límites en la condición de representante popular del sancionado (pues) la sanción impuesta no puede entorpecer las funciones del representante popular en el período para el cual fue electo... Se trata, pues, de una sanción cuyos efectos deben comenzar a verificarse una vez vencido el período...”. “La inhabilitación para ejercer cualquier función pública... comienzan (*sic*) a surtir efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el representante popular sancionado...” (Sentencias de fecha 08 de marzo y 31 de mayo de 2005, recaídas en el expediente 04-0425 y sentencia de fecha 12 de julio de 2005, recaída en el expediente N° 04-2534). Sin embargo, también es de destacar la lamentable sentencia N° 1240, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 22 de junio de 2006, cuya lectura recomendamos y a cuyo voto salvado nos adherimos.

interpretación excéntrica que pueda dársele al artículo 105 de ese texto legal, con el objeto de impedir la vulneración de derechos fundamentales inherentes a la persona humana, y garantizar, al menos parcialmente, la constitucionalidad de una norma necesaria en todo ordenamiento jurídico donde se proteja el patrimonio público y el interés general.

Se evidencia entonces de la exégesis misma de normas contenidas en la LOCGRSNCF, que no debe tramitarse de manera separada el procedimiento tendente a aplicar sanciones principales y accesorias, ni mucho menos –de ser el caso- incurrirse en retrasos injustificados para la imposición de sanciones accesorias con respecto a la imposición de la sanción principal, pues de lo contrario se vulnerarían flagrantemente el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, confianza legítima, principio de unidad de la decisión y principio de legalidad.

Vale la pena señalar, que de considerarse como de naturaleza principal y no accesoria a las sanciones previstas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, se reforzaría aún más el hecho de que deben ser aplicadas en el único y especial procedimiento previsto para ello en Ley, con independencia de la delegación que haya podido haberse efectuado para la declaración de responsabilidad administrativa e imposición de multa.

Siempre debe procurarse entonces, al momento de aplicar el artículo 105 de la LOCGRSNCF –se consideren accesorias o principales las sanciones ahí contenidas-, que no se vulnere la garantía de unidad de la decisión, principio *pro homine* y la garantía de obtener una respuesta oportuna, con independencia a la existencia de lapsos expresamente establecidos –pues en estos casos debe acudir al principio de “lapsos razonables”-, con el objeto de no violar el derecho a la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y, por supuesto, debido proceso y confianza legítima.

A pesar de todo lo expuesto, parece irremediable anular “parcialmente” el artículo 105 de la LOCGRSNCF –en lo que concierne a la sanción administrativa de inhabilitación-, a tenor de lo que explicáramos en el punto noveno del capítulo anterior.

No queda más que esperar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, resuelva de manera categórica y sin dejar lagunas, todos los planteamientos que han hecho los interesados con respecto al artículo 105 de la LOCGRSNCF, en cada uno de los casos sometidos a su consideración, y además, rogar porque la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al momento de conocer de las nulidades de actos donde se declara la responsabilidad administrativa y se impongan sanciones accesorias con fundamento en la LOCGRSNCF, lo haga, teniendo en consideración todas las posibilidades de protección anticipada previstas en nuestro ordenamiento jurídico –medidas cautelares-, y atendiendo a una interpretación progresiva y suprema de la normas contenidas en el Estatuto Fundamental y en los tratados internacionales que protegen los derechos humanos.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2008

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado

Secretaria de Redacción de la Revista

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Los Decretos Leyes. Rango legal. B. Las Leyes Orgánicas: Carácter orgánico. C. Aplicación del Derecho Comunitario Andino.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Principios Constitucionales: Seguridad Jurídica*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. Tutela Judicial Efectiva. B. La Garantía de igualdad ante la ley. C. Las garantías del debido proceso: Presunción de inocencia. 3. *Derechos sociales y de las familias*. A. Protección del matrimonio entre un hombre y una mujer. B. Derecho a la salud y su protección. 4. *Derechos Laborales*. A. Protección Estatal al trabajo. B. Derecho al salario: Salario básico.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional*. A. El Poder Ejecutivo: Fuerza Armada Nacional. B. El Poder Judicial. a. Tribunal Supremo de Justicia: Decisiones. b. La Administración de Justicia. a'. Nuevos criterios jurisprudenciales. b'. Interpretación de contratos. C. Regulación de la competencia. 2. *El Poder Municipal: Los Municipios. Contralorías Municipales: Autonomía*.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. *Expropiación*. A. Procedimiento. B. Ocupación temporal.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Obligación Tributaria: Sujeto pasivo (comisionista)*. 2. *Impuestos Nacionales: Impuestos de importación*.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Potestad discrecional: Límites*. 2. *Los Actos Administrativos. Noción*.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos*. A. Tribunal Supremo de Justicia: Sala Político Administrativa. Competencia. B. Juzgados Superiores Contencioso Administrativos: Actos de la Alcaldía Metropolitana. 2. *El Contencioso Administrativo de anulación*. A. Admisibilidad: Agotamiento de la vía

administrativa. B. Expediente administrativo. C. Medidas Cautelares. a. Suspensión de efectos del acto administrativo. D. Cartel de emplazamiento. E. Informes. F. Sentencia. Apelación: Procedimiento ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. 3. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Funcionario. a. Contestación: Lapso. B. El Contencioso Administrativo Tributario. a. Consultas.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad: Control Difuso de la Constitucionalidad*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad: Inaplicación de una norma como medida cautelar*. 3. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Inadmisibilidad: Situación jurídica irreparable.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *Los Decretos Leyes: Rango legal*

TSJ-SC (385)

14-3-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica del servicio de policía y del cuerpo de policía nacional.

Las normas con fuerza, valor y rango de ley dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad legislativa delegada constituyen, al igual que las normas dictadas por el órgano del Poder Público Nacional titular de la potestad legislativa (Asamblea Nacional), mandatos jurídicos subordinados a las normas y principios constitucionales y, por tanto, tienen igual valor normativo que la ley en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, razón por la cual, puede la Sala analizar si la calificación orgánica que se les asigna se ajusta a las categorías o subtipos normativos que define el Constituyente en el primer párrafo del artículo 203 de la Constitución.

Como premisa procesal, esta Sala debe fijar su competencia para efectuar el pronunciamiento a que se refiere el segundo aparte del artículo 203 constitucional, para examinar la constitucionalidad del carácter orgánico conferido al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, con tal propósito observa:

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional fue dictado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, en Consejo de Ministros, en ejercicio de la facultad legislativa conferida en el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los numerales 1 y 6 del artículo 1 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.617 del 1 de febrero de 2007.

Esta Sala, en supuestos análogos al planteado, ha afirmado su competencia jurisdiccional para efectuar el control previo de constitucionalidad del carácter orgánico de un Decreto Ley, cuando el mismo ha sido dictado por el Presidente de la República, en

ejercicio de la facultad normativa que le reconoce el numeral 8 del artículo 236 del mismo Texto Fundamental, previa habilitación del Órgano Legislativo Nacional (*Vid.* Sentencias de esta Sala Constitucional N° 1.716 del 19 de septiembre de 2001, caso: “*Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares*”; 1.719 del 19 de septiembre de 2001, caso: “*Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación*”; 2.177 del 6 de noviembre de 2001, caso: “*Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Identificación*”; 2.264 del 13 de noviembre de 2001, caso: “*Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos*”; 2.265 del 13 de noviembre de 2001, caso: “*Decreto con Rango de Ley Orgánica de Turismo*” y 2.266 del 13 de noviembre de 2001, caso: “*Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Planificación*”).

Además de la remisión impuesta por la norma primaria (artículo 203 constitucional), dirigida concretamente al Órgano Legislativo Nacional, debe destacarse el contenido del artículo 2 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan que, a texto expreso, dispone:

“Artículo 2. Cuando se trate de un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, al cual el Presidente de la República le confiera carácter Orgánico, deberá remitirse, antes de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines que ésta se pronuncie sobre la constitucionalidad de tal carácter, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Como se observa, la norma contenida en la ley autorizatoria extiende el deber que le impone el Constituyente a la Asamblea Nacional de remitir las leyes que haya calificado de orgánicas a esta Sala Constitucional para revisar la constitucionalidad de tal denominación, al Presidente de la República cuando, actuando como legislador delegado, califique como orgánicos los actos normativos (Decretos Leyes) dictados en ejecución de dicha facultad. En tal sentido, la Sala deberá examinar si tales instrumentos jurídicos se insertan en alguna de las categorías de leyes orgánicas que el propio Texto Constitucional así define.

En efecto, las normas con fuerza, valor y rango de ley, según sea el caso, dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad legislativa delegada constituyen, al igual que las normas dictadas por el órgano del Poder Público Nacional titular de la potestad legislativa (Asamblea Nacional), mandatos jurídicos subordinados a las normas y principios constitucionales y, por tanto, tienen igual valor normativo que la ley en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, razón por la cual, puede la Sala analizar si la calificación orgánica que se les asigna se ajusta a las categorías o subtipos normativos que define el Constituyente en el primer párrafo del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello así, el control jurisdiccional asignado a esta Sala Constitucional está circunscrito a la verificación previa de la constitucionalidad del carácter orgánico de la ley (control objetivo del acto estatal), independientemente del órgano (sujeto) que emite el acto estatal, siempre que esté constitucionalmente habilitado para ello (Asamblea Nacional o Presidente de la República, en virtud de la habilitación legislativa).

Correlativamente, el artículo 5.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia atribuye expresamente a esta Sala Constitucional “(...) Conocer, antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico de la leyes dictadas por la Asamblea Nacional, y de los Decretos con Fuerza de Ley que dicte el Presidente de la república en Consejo de Ministros mediante Ley Habilitante”.

Así, si bien el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional no fue dictado por el titular de la potestad legislativa, esto es, la Asamblea Nacional, lo fue por delegación de ésta -mediante la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, en Consejo de Ministros-, razón por la cual esta Sala resulta competente para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico del mismo, conforme a las normas supra indicadas, y así se declara.

B. *Las Leyes Orgánicas: Carácter orgánico*

TSJ-SC (385)

14-3-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica del servicio de policía y del cuerpo de policía nacional.

La Sala Constitucional declara la constitucionalidad del carácter orgánico del decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional.

Como premisa conceptual del análisis subsiguiente, esta Sala en sentencia N° 537 del 12 de junio de 2000, caso: "*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*", fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, prevista en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando dos criterios de división lógica distintos, a saber: uno, obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; el otro, obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere a "(...) las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas".

Conforme a su ámbito de regulación material, a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999 son materias reservadas a la ley orgánica: (i) las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas (ii) a la organización de los Poderes Públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Precisa la Sala que los mencionados supuestos a que se refiere el artículo 203 de la Constitución poseen carácter normativo, lo que implica que cualquier ley a la cual se pretenda considerar como orgánica debe estar incluida en cualquiera de ellos para que se le estime y se le denomine como tal.

No desconoce esta Sala que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la concepción de las leyes como orgánicas obedecía a parámetros distintos a los adoptados por la Constitución de 1999. En este sentido, podían considerarse tales, además de las que así denominara esa Constitución, las que hubiesen sido investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley (ex artículo 163). Así, pues su consideración como orgánica involucraba una determinada

consecuencia que la misma norma reconocía señalando que “*Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas*”.

Sin embargo, en la actualidad la Constitución ha fijado un criterio objetivo para designar a las leyes al cual se encuentra condicionada la actividad legislativa. Al respecto, esta Sala en sentencia N° 1.971 del 16 de octubre de 2001, caso: “*Víctor Rafael Hernández Mendible*”, sostuvo el siguiente criterio:

“La Leyes Orgánicas, desde el punto de vista de la organización jerárquica de las fuentes del Derecho, se encuentran en el escaño superior siguiente al de las leyes ordinarias dictadas en las materias reguladas por Leyes Orgánicas, dicho de otra manera:

‘Las leyes ordinarias que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán siempre a las normas de éstas, pues ha querido el constituyente impedir que por leyes especiales se deroguen disposiciones que se refieren a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que deben reunir determinadas leyes.’ (LARES Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 53).

Entonces, esta categoría de leyes constituyen, conjuntamente con las dos reglas primordiales para la aplicación de una norma (*lex posterior non derogat legi priori* y *lex generalis non derogat legi speciali*), los criterios de exclusión en caso de conflicto en la aplicación de preceptos jurídicos.

Sin embargo, ‘no puede afirmarse que las leyes orgánicas tengan un rango superior a todas las leyes no investidas de ese carácter, la supremacía de la ley orgánica sólo existe respecto a las leyes dictadas en materias reguladas por ella, no obstante que esas estén destinadas a regir supuestos de hecho de mayor singularidad y aunque entre en vigor después de aquella’ (LARES Martínez, Eloy, *Op. Cit.*, p. 55).

No obstante, particular estudio merece, la investidura del carácter ‘orgánico’ a determinados Decretos legislativos mediante la delegación expresa por parte del Cuerpo Legislativo facultando al Presidente de la República para modificar o derogar Leyes Orgánicas (como es el caso que nos ocupa), técnica aplicada con cierta frecuencia durante la vigencia de la Constitución de 1961. Un ejemplo de esto lo encontramos con la promulgación de los últimos Códigos Orgánicos Tributarios por vía de Decreto legislativo, en aplicación de la facultad otorgada por una Ley Orgánica Habilitante.

Tal técnica legislativa, aun cuando pudiera ser merecedora de críticas por algún sector de la doctrina más autorizada, debe observarse el criterio material que plantea el artículo 203 de la Constitución vigente, cuando refiere que serán leyes orgánicas aquellas que sirvan de marco normativo a otras leyes, independientemente del procedimiento que se siga para su creación.

Atendiendo al caso concreto, hay que tener en cuenta que, por una parte, el Decreto legislativo objeto de impugnación fue promulgado y publicado durante la vigencia de la Constitución de 1961 (25 de Octubre de 1999), es decir, bajo la vigencia de la ‘investidura parlamentaria’ como medio de producción de Leyes Orgánicas y que, por lo tanto, quedaba a discreción del parlamento otorgar tal carácter a la Ley Habilitante del 26 de Abril de 1999, como en efecto se hizo, y delegar en el Presidente de la República la potestad de modificar o derogar actos del mismo rango; en el entendido de que las reglas formales que rigen el proceso de formación de las leyes, son las establecidas en las disposiciones constitucionales vigentes al momento de su creación”.

En el presente caso, la Sala juzga que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional es constitucionalmente orgánico, por los motivos siguientes:

En primer lugar, se trata de un Decreto Ley que, en desarrollo de la competencia establecida en el artículo 187, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -delegada al Presidente mediante Ley Habilitante-, regula en líneas generales la creación, competencias, principios de actuación y régimen funcional de los cuerpos de policía de los distintos niveles político territoriales, así como el papel que ejerce el Ejecutivo Nacional, con la participación activa de las comunidades a través de los consejos comunales, en el desarrollo de las políticas y misiones sociales en procura de la seguridad ciudadana, entendida ésta como un valor superior inherente a las personas dirigida a asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, ello con fundamento en el artículo 332 numeral 1, concatenado con los artículos 164 numeral 6 y 178 numeral 7, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para lograr tales cometidos, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional regula cuatro aspectos tendentes a optimizar el sistema de policía, a saber:

- 1.- La creación de un Cuerpo de Policía Nacional, que permita la unificación en un mismo órgano de distintas competencias, que permita la mayor especialización frente a la alta criminalidad y otras contingencias vinculadas a la preservación de la seguridad ciudadana (personas y bienes).
- 2.- La creación y organización de la policía comunal, la cual permitirá la integración y el consecuente fortalecimiento entre la policía y la comunidad.
- 3.- El carácter preventivo del servicio de policía, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, para lo cual se requiere el trabajo conjunto con la población y las instituciones locales en búsqueda de las soluciones a los problemas en materia de seguridad.
- 4.- La homogenización de aspectos inherentes a los principios de actuación, capacitación, respeto a los derechos humanos, rendición de cuentas, indicadores del desempeño, uso de la fuerza, entre otros, en los cuerpos policiales de los distintos niveles político-territoriales (nacional, estatal y municipal).

Como se observa, la estructuración y armonización de aquellos cuerpos policiales previstos en el articulado del Decreto Ley sometido al examen de esta Sala, constituyen directrices legales que condicionan la actividad que desarrollan otros órganos del Poder Público -a nivel estatal y municipal- para la fijación de políticas policiales y creación de órganos de seguridad ciudadana. Tales principios orgánicos y técnicos que, a su vez, se erigen en rectores de otras leyes dirigidas a regular la materia de seguridad ciudadana, concretamente la de Policía Nacional (ex artículo 156 numeral 6 de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela), otorga al instrumento jurídico el carácter de ley marco inserto en el elenco de categorías normativas previstas en el artículo 203 constitucional.

Ello así, se trata de una Ley que satisface las exigencias técnicos-formales requeridas para la calificación solicitada, esto es, se trata de una ley marco o cuadro que sirve de base para otras leyes en la materia, según lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 2 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan y en el artículo 5.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, y así se declara.

C. *Aplicación del Derecho Comunitario Andino***TSJ-SPA (0151)****13-2-2008**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerreo

Caso: Astrazeneca Venezuela S.A. vs. (Ministerio de Salud y Desarrollo Social) ahora Ministerio del Poder Popular para la Salud.

En el presente caso la recurrente pretende la nulidad de la Resolución N° 084 emanada el 13 de febrero del 2002, del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, ahora Ministerio del Poder Popular para la Salud, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.393 del 27 de febrero de 2002, mediante la cual se autorizó la comercialización del producto farmacéutico “Candesartan” de 8 y 16 mg.

Dicha pretensión se fundamentó principalmente en la violación del supuesto lapso de protección que habría obtenido la accionante con motivo del registro sanitario del producto farmacéutico Atacand de 8 y 16 mg y el cual estaría consagrado, entre otros cuerpos normativos, en las Decisiones 344 y 486 de la Comisión Andina de Naciones, adoptadas en el marco del proceso de integración llevado a cabo en la región para esa fecha; así como el Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Venezuela, los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, cuya Ley Aprobatoria fue publicada el 29 de diciembre de 1994 en la *Gaceta Oficial* 4.833, Extraordinario.

Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico invocado por el recurrente, la representación judicial de los terceros intervinientes cuestionó tanto la aplicabilidad de la Decisión 344 de la Comisión Andina de Naciones, así como la del aludido Tratado de Libre Comercio.

En el primer caso, adujo que para la fecha en que se otorgaron las autorizaciones para el expendio de la copia del producto farmacéutico original en referencia, la aludida Decisión de la Comisión Andina de Naciones había sido derogada por la Decisión 486 de dicha Comisión, la cual sería a su juicio, la norma aplicable a la controversia.

Por otra parte, señaló que en lo que respecta al Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Venezuela, los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, éste había sido derogado por la mencionada Decisión 486, la cual además de ser posterior, posee en su criterio, una jerarquía superior al primero de los mencionados cuerpos normativos, por tratarse de un acuerdo de integración cuyo rango es incluso supra constitucional.

De manera que en atención a lo indicado, debe la Sala determinar, en primer lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable a la controversia, para lo cual se observa lo siguiente:

1. De la aplicabilidad de las Decisiones 344 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones.

Al respecto, debe la Sala detenerse no sólo en lo referente a cuál sería la Decisión vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos que rodean la controversia, sino también en las consecuencias derivadas de la denuncia presentada por Venezuela con relación al Acuerdo Subregional Andino.

De esta forma se aprecia, que en fecha 22 de abril de 2006, la República Bolivariana de Venezuela comunicó a la Comisión de la Comunidad Andina la denuncia del Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). Dicha denuncia, conforme a lo establecido en el artículo 135 del referido Acuerdo de Integración, produciría las consecuencias que se transcriben a continuación:

“El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde el momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia.

El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del País Miembro interesado.

En relación con los programas de integración industrial se aplicará lo dispuesto en el literal i) del Artículo 62”.

Por consiguiente, considera la Sala que desde el momento de presentación de la denuncia del señalado Tratado, cesaron para el Estado venezolano los derechos y obligaciones generados en el marco de la integración andina, excepción hecha de lo previsto en el citado artículo 135 *eiusdem*, en lo referente al derecho de importar y exportar libre de todo gravamen y restricción los productos originarios del territorio de cualquiera de los Países Miembros que hayan sido debidamente acordados en la ejecución de dicho Programa por espacio de cinco años, contados a partir de la aludida denuncia.

No obstante lo anterior, se advierte que en el caso analizado la representación judicial de la accionante alegó que durante la vigencia de las Decisiones 344 y 486 de la Comisión Andina de Naciones, su representada adquirió un derecho derivado del registro sanitario de los productos “Atacand” de 8 y 16 mg, como consecuencia del cual gozaría, en su criterio, de un plazo de protección de cinco años contados a partir del señalado registro, en el que a su juicio, ninguna otra empresa podría ser autorizada para la comercialización de copias del citado producto farmacéutico.

Tal protección, según expuso en el libelo, obedecería a que las empresas inventoras de productos farmacéuticos catalogados de acuerdo a la Ley de Farmacia como productos nuevos, requieren ser resguardadas de las posibles copias que se introduzcan en el mercado durante un plazo razonable, ya que de esa forma se garantizaría la inversión y esfuerzo que han realizado en dicha invención.

En este contexto la accionante invocó, por un lado, el plazo de cinco (5) años consagrado en la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones y por otra parte, hizo valer al mismo tiempo el período a que alude la Decisión 486 de la citada Comunidad y por la cual se derogó la primera de las mencionadas Decisiones.

No obstante, como se señaló en las líneas que anteceden, la representación judicial de los terceros intervinientes cuestionaron la aplicación de la primera de las referidas Decisiones, por encontrarse derogada para la fecha en que su representada obtuvo la autorización de los productos farmacéuticos cuya nulidad se solicita en el presente juicio.

De ahí que deba precisarse cuál era el cuerpo normativo vigente para la fecha en que se suscitaron los hechos a los que se refiere la presente controversia.

Para ello, es menester señalar que la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones consagró en la Disposición Transitoria Segunda que ésta se aplicaría “...en los Países Miembros a partir del 1 de enero de 1994...”. Asimismo, se observa que dicho Cuerpo Normativo se mantuvo vigente hasta el 1° de diciembre de 2000, oportunidad en la cual entró en vigencia la Decisión 486 que sustituyó a la primera de las nombradas.

Igualmente, advierte la Sala que corren insertas en los folios 105 al 246 de la primera pieza del expediente, copia simple de las Gacetas Oficiales N° 5.381 y 5.418,

Extraordinarios, del 22 de septiembre y 27 de diciembre de 1999, respectivamente. En tales Gacetas, las cuales se tienen como fidedignas por no haber sido impugnadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 432 *eiusdem*, fueron publicadas en el orden en que se enuncian a continuación las Resoluciones N° 99-066 y 99-077, dictadas por el Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel en fechas 13 de agosto y 1° de octubre de 1999.

Ahora bien, mediante las referidas Resoluciones (99-066 y 99-0777), se concedieron los registros sanitarios correspondientes y se autorizaron los expendios de los productos Atacand de 8, 4 y 16 mg. De manera que no existen dudas en torno a que los señalados registros fueron conferidos durante la vigencia de la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones.

Habida cuenta de ello, advierte la Sala que la anterior afirmación no se traduce en la aplicación al caso concreto del plazo de protección consagrado en la Decisión 344 bajo análisis, toda vez que en ese sentido la Decisión 486, por la cual se derogó la primera de las mencionadas, expresamente previó para estos supuestos en la Disposición Transitoria Primera que “...*Todo derecho de propiedad industrial válidamente concebido de conformidad con la legislación comunitaria anterior a la presente Decisión, se regirá por las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento, salvo en lo que se refiere en los plazos de vigencia, en cuyo caso los derechos de propiedad industrial preexistentes se adecuarán a lo previsto en esta Decisión...*” (Resaltado de la Sala).

Lo expuesto resulta relevante, toda vez que si bien el registro sanitario del producto nuevo (Atacand de 8 y 16 mg) se obtuvo durante la vigencia de la Decisión 344 de la Comisión Andina de Naciones, no deja de ser menos cierto que la última de las citadas Decisiones, esto es la distinguida con el N° 486, ya se encontraba vigente para el momento en que se autorizó el expendio de los productos Candesartan de 8 y 16 mg y los cuales constituyen una copia del producto cuya titularidad de registro se atribuye a la accionante, según lo arrojado por la prueba de informes cuyas resultas corren insertas en los folios 307 al 309 de la tercera pieza del expediente.

En efecto, según copia simple de la Gaceta de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.393 del 27 de febrero de 2002 (folios 251 al 266 de la primera pieza), la cual se acoge con todo el valor probatorio que de ésta resulte a tenor de lo establecido en los artículos 429 y 432 del Código de Procedimiento Civil, la Resolución por la cual se autorizó el expendio de los productos Candesartan de 8 y 16 mg, fue dictada en fecha 13 de febrero de 2002, es decir, estando vigente la Decisión 486, que de acuerdo a lo señalado en su Disposición Transitoria Primera, ordenaba que los derechos industriales obtenidos con anterioridad “...*se adecuarán a lo previsto en esta Decisión...*” en lo que respecta a los plazos de vigencia.

De ahí que atendiendo a lo expuesto, las disposiciones aplicables al caso concreto en lo referente al mencionado plazo de protección, se refieren a las contenidas en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. Así se decide.

2. De la aplicabilidad del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Venezuela, los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia:

En torno a este particular, la representación judicial de los terceros intervinientes, cuestionó la aplicabilidad del aludido Tratado, sobre la base de los siguientes argumentos:

“[l]a Decisión 486 de la Comunidad Andina es de jerarquía superior y de fecha posterior al Tratado del G-3. La Decisión 486 entró en vigencia en nuestro país el 1° de diciembre de 2000, así es evidentemente de fecha posterior al Tratado del G-3, que fue publicado en

nuestra Gaceta Oficial el 29 de diciembre de 1994. La aplicación del principio jurídico elemental de 'ley posterior deroga una ley anterior' sería suficiente para desvirtuar de cualquier forma la pretensión de que lo dispuesto en dicho Artículo sea aplicado, ya que colige frontalmente con la posición asumida por los países andinos en la Decisión 486, tal como ha sido suficientemente explicado. Sin embargo, hay una razón adicional de suma importancia que debe ser destacada. Las Decisiones andinas se incorporan directamente a nuestro ordenamiento jurídico y se aplican además preferentemente a las contenidas en nuestra legislación interna, esto es incluido el Tratado del G-A..."

No obstante, previo a dilucidar si resulta o no aplicable a la controversia el cuerpo normativo que nos ocupa, debe la Sala advertir que en fecha 22 de mayo de 2006, la República Bolivariana de Venezuela denunció el referido Acuerdo, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 23-08 de dicho Tratado, debía cumplirse el plazo de ciento ochenta días para que la señalada denuncia se hiciera efectiva.

Tal plazo se verificó en fecha 19 de noviembre de 2006, oportunidad en la cual el estado venezolano emitió, por órgano del entonces Ministerio de Relaciones Exteriores, una declaración oficial en la que explicaba las razones por las cuales se procedía a la comentada denuncia. Entre los motivos esgrimidos en la referida declaración oficial, conviene transcribir el siguiente:

"...En 1994, en Cartagena de Indias, en el marco de la IV Conferencia Iberoamericana, fue suscrito por Venezuela, México y Colombia un tratado de libre comercio conocido como 'Acuerdo del G3', que entraría en vigencia 1° de enero de 1995.

...omissis...

El esquema bajo el cual funcionó el G3, da cobijo a concepciones que propician graves dependencias en áreas muy sensibles, como por ejemplo, en lo relacionado con la producción de medicamentos, en virtud de que la excesiva protección de los derechos de propiedad intelectual incita la configuración de monopolios que durante muchos años obstaculizan la potestad de los Estados de fabricar medicamentos genéricos a precios accesibles para la población necesitada...". (Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse de la anterior transcripción, no fue sino hasta el 19 de noviembre de 2006, cuando el denominado Tratado G3 perdió vigencia en el territorio nacional debido a la expiración del plazo previsto una vez efectuada la denuncia.

De manera que, a diferencia de lo señalado por la representación judicial de los terceros intervinientes, el mencionado Tratado de Libre Comercio no fue derogado en lo que al plazo de protección respecta con la posterior entrada en vigencia de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, sino que por el contrario, ambos cuerpos normativos siguieron aplicándose, al punto de que lo que motivó la denuncia del referido Acuerdo Internacional fue, según advierte la declaración oficial antes citada, los obstáculos que se generaban derivados de su vigencia para *"...la potestad de los Estados de fabricar medicamentos genéricos a precios accesibles para la población necesitada..."*.

Asimismo, se aprecia que la aplicación simultánea de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y del Tratado G3, obedeció al hecho de que la regulación que contemplan sobre la materia ambos textos legales, admite una interpretación armónica de sus disposiciones, toda vez que lo previsto en los aludidos cuerpos normativos en modo alguno se contradice.

En efecto, el artículo 18-22 del Tratado G3, dispone en lo concerniente a la protección de datos de bienes farmoquímicos o agroquímicos, lo siguiente:

1. Si como condición para aprobar la comercialización de bienes farmoquímicos o de productos agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, una Parte exige la presentación de datos sobre experimentos o de otro tipo que no se hayan publicado y que sean necesarios para determinar su seguridad y eficacia, esa Parte protegerá los datos referidos siempre que su generación implique un esfuerzo considerable, salvo cuando la publicación de esos datos sea necesario para proteger al público, o cuando se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.

2. Cada Parte dispondrá, respecto de los datos mencionados en el párrafo 1 que le sean presentados después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, que ninguna persona distinta a la que los haya presentado pueda, sin autorización de esta última, contar con esos datos en apoyo a su solicitud para la aprobación de un bien durante un período razonable después de su presentación. **Para este fin por período razonable se entenderá normalmente un lapso no menor de cinco años contados a partir de la fecha en que la Parte haya concedido a la persona que produjo los datos, la aprobación para poner en el mercado su bien, tomando en cuenta la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos de la persona para generarlos. Sujeto a esta disposición nada impedirá que una parte lleve a cabo procedimientos sumarios de aprobación para esos bienes sobre la base de estudios bioequivalencia o biodisponibilidad.**” (Resaltado de la Sala).

Por su parte el artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, dispuso en lo atinente a dicho aspecto, lo siguiente:

“Los Países Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además los Países Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sean necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal.

Los Países Miembros podrán tomar las medidas para garantizar la protección consagrada en este artículo”.

Como puede apreciarse, ambas disposiciones contienen regulaciones muy similares en lo que concierne al plazo de protección, siendo la única diferencia la referente al hecho de que en el Tratado G3, se deja a cargo de los Estados miembros la adopción de la regulación a que haya lugar, señalándose al mismo tiempo lo que ha de entenderse por plazo razonable; mientras que en la Decisión 486 directamente se regula la materia y en ningún caso se contempla o define cuantitativamente un plazo mínimo de protección.

Por lo tanto, la primera de las disposiciones, esto es, la referida al Tratado G3, tiene carácter programático; mientras que la segunda, es decir la contenida en la mencionada Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, fija directrices a los Estados miembros, pero en ningún caso condiciona o preestablece la fijación de un lapso determinado de protección.

Lo anterior se justifica si tomamos en cuenta que siendo la salud un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, regulaciones como las descritas en las líneas que anteceden y las cuales se dirigen a establecer limitaciones para el expendio de medicamentos, deben orientarse a la satisfacción de los intereses colectivos, lo cual como se explicará más adelante, puede incluso ameritar el sacrificio de intereses económicos concretos en aras de hacer prevalecer una necesidad colectiva primordial, esto es, la dotación a la población de medicamentos genéricos a unos precios más accesibles.

Por tal motivo, resulta incompatible con ese fin primordial del Estado supeditar el expendio de productos genéricos a un plazo preestablecido y expresamente reglado, ya que ello podría traducirse en graves violaciones al derecho constitucional a la salud, que en modo alguno pueden ser amparadas por este órgano jurisdiccional.

De ahí que, considera la Sala que una interpretación acorde con los postulados del Estado Social de Derecho conduce a entender que el carácter programático que debe atribuirse a la norma contemplada en el Tratado G3, debe armonizarse con la disposición contenida en la Decisión 486 cuando se define al plazo razonable de protección como “...**normalmente** un lapso no menor de cinco años...”, en el sentido de sostener que existe por parte de los Estado miembros la potestad discrecional de ponderar, atendiendo a las necesidades colectivas, si siempre o sólo en determinadas ocasiones, deben respetarse los cinco años que “...**normalmente**...” se conceden como período de protección a los laboratorios que introducen sustancias novedosas al mercado.

De forma que, lo expuesto se traduce en la potestad del Estado de expedir las autorizaciones en referencia cuando razones de orden público lo aconsejen, no pudiendo invocarse como limitación a dicha potestad la existencia de un lapso reglado de protección, al cual se le atribuya carácter inquebrantable.

Por el contrario, considera la Sala que quien pretenda impugnar el ejercicio de la potestad discrecional así entendida, deberá en todo caso cumplir con la carga de demostrar que en su supuesto particular no se verificaban las condiciones especiales que justificaban una reducción del aludido plazo y por consiguiente, el Estado habría afectado injustificadamente los intereses económicos de un determinado grupo o persona. No obstante, de no verificarse lo anterior, en modo alguno podría cuestionarse, a juicio de este órgano jurisdiccional, la autorización del medicamento genérico, cuyo costo menos elevado permite que un mayor número de la población tenga mejor acceso al progreso científico, toda vez que ello conllevaría a legitimar una violación al derecho humano de la salud.

Establecido lo anterior, debe igualmente precisarse que en el caso concreto de la República Bolivariana de Venezuela si bien es cierto que el aludido Tratado fue incorporado al derecho interno a través de la promulgación de la respectiva Ley Aprobatoria, publicada el 29 de diciembre de 1994 en la *Gaceta Oficial* N° 4.833, Extraordinario, así como también se pudo constatar que el Ejecutivo no formuló reserva ni realizó denuncias en torno a la disposición analizada, no deja de ser menos cierto que el Estado en ningún momento dictó los cuerpos normativos destinados a regular las condiciones y plazos de protección aplicables en el territorio nacional.

Por lo tanto, tratándose de una norma programática que otorgaba a cada Estado miembro un cierto margen de discrecionalidad para fijar plazos de protección en la materia y cuya única limitante consistía en entender que “**normalmente**” la expresión “plazo razonable” aludía a un período no menor de cinco años y visto igualmente, que la República Bolivariana de Venezuela, nunca procedió a regular dicha materia, debe concluirse que en nuestro país no existía un plazo preestablecido que debiese respetarse para la aprobación de sustancias cuyo principio activo es el mismo de aquellas consideradas novedosas.

De ahí que, precisado lo anterior deba la Sala analizar en el apartado siguiente lo relativo al alcance del referido período de protección.

3. Alcance de la protección de datos de bienes farmoquímicos o agroquímicos:

Establecido lo atinente a la interpretación armónica que resulta de las normas consagradas tanto en el Tratado G3, como en la Decisión 486 de la Comisión Andina de

Naciones, así como el carácter programático de la primera de las nombradas advierte la Sala que respecto al alcance de la dicha protección, los apoderados judiciales de la accionante, difieren de lo expresado tanto por la representación judicial de la República como por el tercero interviniente, toda vez que mientras el primero de los nombrados estima que el plazo consagrado en la Decisión 486 de la aludida Comisión es superior al que inicialmente disponía la Decisión 344; por su parte los últimos de los mencionados alegaron que dicho lapso, a pesar de ser indeterminado, en ningún caso podía considerarse superior al contemplado en el régimen derogado.

Asimismo, ambas partes realizaron interpretaciones diferentes en torno a si la protección en referencia debe limitarse única y exclusivamente respecto a posibles usos comerciales desleales y los cuales se encontrarían taxativamente descritos en el artículo 262 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones; o si por el contrario tal protección era extensible a toda forma de divulgación que implicara o no el referido uso comercial.

De manera que, atendiendo a lo expuesto debe precisarse cuáles son los términos en que se ha consagrado la aludida protección.

A tal efecto, se aprecia que el artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones consagra, como se señaló en el título anterior en términos muy similares a las disposiciones contempladas en el Tratado G3, una protección a los datos de pruebas u otros no divulgados relacionados con la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos. Específicamente la norma contempla lo siguiente:

“Los Países Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además los Países Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sean necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal.

Los Países Miembros podrán tomar las medidas para garantizar la protección consagrada en este artículo”.

Como puede apreciarse de la disposición bajo estudio, ésta consagra la obligación de los Estados Miembros de proteger los datos de pruebas u otros no divulgados que hayan sido elaborados suponiendo un esfuerzo considerable, con motivo de las aprobaciones para la comercialización de un producto farmacéutico o químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, con lo cual quien pretenda una protección como la contemplada en la referida disposición deberá acreditar, entre otros aspectos los siguientes:

- a. El carácter novedoso del producto cuya titularidad de registro posee y
- b. La realización de un esfuerzo considerable en la elaboración de los datos de pruebas no divulgados y cuya protección solicita.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del primer extremo constituye un hecho admitido el atinente a que los productos Atacand de 8 y 16 mg son productos catalogados como originales, es decir, aquellos cuya autorización para la comercialización se obtuvo a través del procedimiento previsto en la Ley para los productos nuevos, esto es, aquéllos que involucran el empleo de nuevas entidades químicas.

Asimismo, consta en autos específicamente de lo arrojado por la prueba de informes promovida por la accionante y cuyas resultas corren insertas en los folios 307 al 309 de la tercera pieza del expediente que *“...las solicitudes de autorización de expendio para los productos Candesarán de 8 mg y 16 mg a nombre de Genven, fueron presentadas y sustanciadas ante el Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel, de conformidad con el procedimiento previsto en el Artículo 55 del Reglamento de la Ley del Ejercicio de la Farmacia vigente y aplicable para los llamados productos conocidos...”*. (Resaltado de la Sala).

Igualmente, consta en los referidos informes, entre otros aspectos relevantes, que *“...los productos Candesarán de 8 mg y Candesarán de 16 mg de Genven, son medicamentos genéricos cuyo principio activo es el mismo principio activo contenido en los productos Atacand 8 mg y Atacand 16 mg...”*. (Resaltado de la Sala).

De la misma forma, se observa que los registros sanitarios de los productos Atacand de 8 y 16 mg habrían sido otorgados en fecha 10 de mayo de 1999 (folios 247 al 248 de la primera pieza del expediente); mientras que el expendio de los productos genéricos antes mencionados fue autorizado en fecha 13 de febrero de 2002 (folios 251 al 266 de la primera pieza del expediente), es decir, que esta última se produjo transcurrido poco menos de tres años desde que se otorgare el registro sanitario del producto identificado como nuevo.

Ahora bien, lo expuesto resulta determinante a los fines de la comprobación de la segunda exigencia, relativa a la realización de un esfuerzo considerable en la elaboración de los datos de pruebas no divulgados, toda vez que si atendemos a la regulación contemplada en torno a la tramitación de los productos farmacéuticos identificados como nuevos, podrá apreciarse como lo destacó incluso la propia representación judicial del tercero interviniente, que en dicho procedimiento se exige la presentación de estudios clínicos y preclínicos que demuestren la seguridad y eficacia del medicamento, cuya elaboración sin lugar a dudas ha de suponer un esfuerzo considerable.

En efecto, advierte la Sala que el Reglamento de la Ley de Farmacia distingue entre productos farmacéuticos conocidos (constituidos por principios activos previamente registrados en Venezuela) y productos nuevos (constituidos por principios activos no registrados previamente en Venezuela) y al mismo tiempo el citado cuerpo normativo establece ciertas diferencias en cuanto al procedimiento para obtener registros sanitarios dependiendo de si el producto a registrarse es nuevo o conocido.

Fundamentalmente, la diferencia que presentan los procedimientos previstos tanto para la autorización de expendios de productos nuevos como aquellos catalogados como conocidos, estriba en el hecho de que sólo para los primeros de los nombrados se requiere *“...suministrar información detallada de los aspectos preclínico-clínico...”*.

Lo anterior obedece, como lo señala la representación judicial del tercero interviniente, a que *“...el producto conocido está fabricado sobre la base del mismo principio activo del producto nuevo y como al producto nuevo sí se le exige la presentación de los estudios preclínicos y clínicos, para el momento de la solicitud del registro del producto conocido su seguridad y eficacia ya está comprobada y le consta a las autoridades sanitarias...”*.

No obstante, cabe indicar que aun cuando el procedimiento para obtener la autorización del medicamento genérico resulta mucho más abreviado, ello no se traduce en el hecho de que los controles establecidos para la seguridad y eficacia del producto sean inobservados.

En efecto, el matiz que sufre este tipo de aprobaciones obedece principalmente a la circunstancia de que con los estudios realizados por los productos originales, la seguridad del

medicamento ya quedó comprobada, lo cual no impide que la Administración vigile constantemente que esa misma seguridad y eficacia se mantengan respecto al medicamento genérico.

Así, tomando en cuenta que la accionante obtuvo la autorización para el expendio de los productos Atacand de 8 y 16 mg, bajo las directrices del procedimiento previsto para los productos constituidos por principios activos no registrados previamente en Venezuela, resulta evidente a juicio de la Sala, que la información suministrada en dicha oportunidad supuso la realización de un esfuerzo considerable, que lógicamente repercute en el costo del medicamento original e involucra una inversión superior a la realizada con el producto genérico.

No obstante, en cuanto a las conductas específicas respecto a las cuales se consagra la aludida protección de dicha información, advierte la Sala que éstas no se circunscriben a los posibles “...*usos comerciales desleales...*”, sino que a diferencia de lo alegado por la representación judicial de los terceros intervinientes, la misma se extiende a “...*toda divulgación...*”.

En efecto, se desprende del artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, que el Estado debe garantizar y resguardar la confidencialidad de la información no sólo en relación a las conductas identificadas en el artículo 262 *eiusdem* como situaciones que configurarían usos comerciales desleales y las cuales involucran en la generalidad de los supuestos la obtención ilícita de la información o una relación contractual o laboral que haya permitido el acceso a los datos divulgados; sino que adicionalmente la redacción de la primera de las mencionadas normas es clara cuando dispone que “...[a]demás los Países Miembros **protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sean necesarios para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal...**”. (Resaltado de la Sala)

De manera que, en principio y conforme a lo dispuesto en el artículo 266 *eiusdem* debe protegerse al poseedor de los datos respecto a “...*toda divulgación...*”, sin importar si ésta da lugar o no a un uso comercial desleal.

Ahora bien, en cuanto al lapso por el cual deberá protegerse dicha información, advierte la Sala que a diferencia de lo que ocurría en el régimen previsto en la Decisión 344 de la Comisión Andina de Naciones, la Decisión 486 aplicable *ratione temporis* a la controversia, dispuso en el artículo 263 que dicha protección perduraría “...*mientras existan las condiciones establecidas en el artículo 260...*”.

Asimismo, se aprecia que tales condiciones, de acuerdo a lo consagrado en la señalada norma (artículo 260), se refieren a las siguientes:

“Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;*
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerlas secretas.*

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios...”.

De lo expuesto se colige que tales condiciones se concretan a que la información siga siendo secreta, goce de un valor comercial derivado de ese hecho y que su poseedor legítimo haya adoptado las medidas necesarias para preservar el señalado carácter confidencial.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de las citadas condiciones, advierte la Sala que a pesar de que no consta en autos que se observaron dichos extremos, no obstante, debe igualmente precisarse que aun cuando ello hubiese sido acreditado, sólo una interpretación en extremo literal de las aludidas disposiciones permitiría afirmar que se trata de un lapso indefinido e indeterminable.

En efecto, en estricto apego a la letra de la norma en referencia, se aprecia que las condiciones en ella enunciadas fundamentalmente se refieren al hecho de que la información objeto de la protección conserve su carácter secreto, tenga un valor comercial derivado de ese rasgo confidencial y que a su vez haya sido objeto de las medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para preservar el aludido carácter confidencial.

De forma que se trataría de situaciones que en abstracto podrían prolongarse indefinidamente y ello lógicamente desnaturalizaría el fin de la protección que pretende brindarse a tales laboratorios y al mismo tiempo podría propiciar la creación de monopolios en materias de tanta trascendencia como lo sería la comercialización de los medicamentos.

Por consiguiente, una interpretación literal de las normas referidas a la duración de la protección que debe brindarse en estos supuestos a los laboratorios, además de los inconvenientes arriba identificados, vulneraría los postulados propios del Estado Social de Derecho y de Justicia y de acuerdo al cual el Estado deja de ser un sujeto pasivo en las relaciones sociales, para comprometerse activamente en ellas, asumiendo obligaciones en materia de educación, salud, deporte, vivienda y seguridad social, entre otros aspectos igualmente relevantes, con lo cual todas las normas constitucionales, sustanciales y formales que hacen posible la efectividad del sistema, forman un todo organizado y orientado en función de la solidaridad y de la dignidad humana.

Tal obligación se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé lo siguiente:

“La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida.

El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Asimismo, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 del 10 de diciembre de 1948, conforme al cual:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*”(Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse de la anterior disposición, en la referida declaración se consagra como parte integrante de los derechos humanos el que tiene toda persona de participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, situación que ha conllevado a que un sector respetable de la doctrina, cuestione la calificación de propiedad intelectual e industrial que suele atribuirse al creador o autor de una invención, por considerar que esta categoría de derechos se encuentra ligada más a los derechos culturales que a la propiedad como tal, ya que los conocimientos pertenecerían a la humanidad y por consiguiente tienen que ser compartidos sin restricciones.

Así, suele argumentarse que al consagrarse en el artículo 27 del aludido cuerpo normativo la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas, se estaría vinculando el derecho que de ello resulte a lo contemplado en los artículos 25 y 26 *eiusdem* en lugar del derecho de propiedad.

De ahí que, a juicio de la Sala y aun cuando deba reconocerse y garantizarse la protección bajo análisis brindada respecto a la información suministrada por las empresas que introducen nuevas sustancias farmacológicas en el mercado, ello no obsta para que en ocasiones el Estado pueda adoptar medidas limitadoras de tal protección.

Refuerza lo expuesto la circunstancia de que adicionalmente al carácter programático del artículo 18-22 del Tratado G3, éste expresamente define como plazo razonable de protección un lapso que “normalmente” no será menor de 5 años, con lo cual se infiere que en ocasiones el Estado puede autorizar el expendio de medicamentos genéricos antes de transcurrir el mencionado período.

En sintonía con lo anterior, esta Sala estima conveniente reproducir una vez más las consideraciones que se hicieron en el título concerniente a la aplicabilidad del Tratado G3, en el cual se dispuso que una interpretación armónica del aludido Tratado así como de las disposiciones de la Decisión 486, conduce a sostener que existe por parte de los Estados miembros la potestad discrecional de ponderar, atendiendo a las necesidades colectivas, si siempre o sólo en determinadas ocasiones, deben respetarse los cinco años que “...normalmente...” se conceden como período de protección a los laboratorios que introducen sustancias novedosas en el mercado.

De manera que, se reitera una vez más, que quien pretenda impugnar el ejercicio de la potestad discrecional así entendida, deberá en todo caso cumplir con la carga de demostrar que en su supuesto particular no se verificaban las condiciones especiales que justificaban una reducción del aludido plazo y por consiguiente, el Estado habría afectado injustificadamente los intereses económicos de un determinado grupo o persona. No obstante, de no verificarse lo anterior, en modo alguno podría cuestionarse, a juicio de este órgano jurisdiccional, la autorización del medicamento genérico, cuyo costo menos elevado permite que un mayor número de la población tenga mejor acceso al progreso científico, toda vez que ello conllevaría a legitimar una violación al derecho humano a la salud.

Empero, conviene advertir que tampoco se persigue consagrar una potestad ilimitada del Estado, ya que el empleo de ésta, sin lugar a dudas, deberá realizarse atendiendo a la debida proporcionalidad que como bien lo ha referido parte de la doctrina “...es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes...”. (Vide. Pietro, L., 2002, p. 65-66. *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra – Editores).

Específicamente, conviene traer a colación el tema de la proporcionalidad en sentido estricto que “...supone ponderar entre daños y beneficios, es decir acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho...” (Pietro, L. 2002, p. 66-67).

Tal ponderación resulta de vital importancia, puesto que la autorización concedida para el expendio de los medicamentos genéricos en modo alguno puede exponer al público consumidor a la obtención de fármacos que han sido elaborados en condiciones inseguras y cuyos efectos secundarios aún no hayan sido comprobados.

De manera que permitir la comercialización de estos medicamentos antes del plazo de protección “...normalmente...” razonable no es óbice para que se descuiden los controles de calidad y eficacia de los productos farmacéuticos, ya que de ser ese el caso, el fin superior que motivó el expendio del medicamento genérico, esto es, la satisfacción de una necesidad pública, como es el abastecimiento a la población de tales productos, se vería igualmente lesionado al no garantizarse los aludidos controles de inspección y calidad.

Lo mismo ocurriría si la Administración constantemente y sin que medien razones justificadas que así lo ameriten, autorizara antes del posible lapso de protección, la comercialización de los productos genéricos, ya que ello podría incidir negativamente en las invenciones de sustancias novedosas.

De ahí que la Administración debe ser sumamente cuidadosa y proceder con criterios de extrema prudencia, a objeto de no conceder tales autorizaciones sino únicamente cuando medien razones de urgencia o necesidad.

No obstante, cumplidos tales requisitos considera la Sala que sí es posible otorgar dicha autorización incluso en contravención a un plazo preestipulado, que en el caso de Venezuela jamás ha sido expresamente regulado, ya que como se señaló en las líneas que anteceden la disposición contenida en ese sentido en el Tratado G3 es de carácter programático y el hasta la fecha no se ha dictado la correspondiente regulación interna.

De ahí que será la propia autoridad competente la que atendiendo a cada caso deberá valorar si se cumplen o no esas circunstancias especiales y con ello ponderar en concreto los intereses en conflicto, esto es, por un lado el acceso de la población a los medicamentos genéricos y por otra parte la protección que innegablemente debe brindarse a los laboratorios que comercializan con medicamentos que involucran el empleo de nuevas sustancias químicas.

Tal interpretación resulta coherente con lo consagrado en el artículo en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual el derecho a la salud está contemplado como un derecho social que forma parte integrante del derecho a la vida.

En efecto, dispone el mencionado artículo 83 del Texto Fundamental, lo siguiente:

“La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida.

El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley,

de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Por lo tanto, estima la Sala que aun cuando deba admitirse la existencia de un régimen de protección de la información que suministran tales laboratorios y el cual es concebido en aras a estimular y proteger las inversiones que éstos realizan para descubrir nuevas sustancias farmacológicas, ello no obsta para que el Estado cuando la tutela del interés colectivo así lo aconseje y siempre que se emplee la debida proporcionalidad, adopte medidas limitadoras de dicha protección.

No obstante, se reitera una vez más, que deberán analizarse en cada caso concreto si tales medidas atienden o no a la señalada proporcionalidad, así como la posible afectación de intereses particulares.

Ahora bien, en el presente caso se observa de la prueba de informes promovida por la accionante cuyas resultas corren insertas en los folios 307 al 309 de la tercera pieza del expediente, que los productos Candesartan de 8 y 16 mg, son medicamentos genéricos con el mismo principio activo contenido en los productos Atacand de 8 y 16 mg, los cuales son empleados para tratar los problemas de hipertensión.

Asimismo se aprecia que los registros sanitarios de los productos Atacand de 8 y 16 mg fueron otorgados en fecha 10 de mayo de 1999 (folios 247 al 248 de la primera pieza del expediente); mientras que el expendio de los productos genéricos antes mencionados fue autorizado en fecha 13 de febrero de 2002 (folios 251 al 266 de la primera pieza del expediente), es decir, que esta última se produjo, como ya se dijo antes, transcurrido poco menos de tres años desde que se otorgó el registro sanitario del producto identificado como nuevo.

En tal virtud se observa que la autorización del producto genérico se efectuó poco antes de cumplirse el plazo definido en los instrumentos internacionales como “...normalmente...” razonable.

Adicionalmente a ello debe señalarse que el producto genérico autorizado se refiere a un medicamento prescrito para tratar problemas relacionados con la hipertensión, lo cual constituye una afección que además de tener graves repercusiones para la salud es un mal que aqueja a un número importante de la población.

De manera que, tales circunstancias aunado al hecho de que la recurrente no alegó y mucho menos probó que la señalada protección haya atendido a una razón distinta a la tutela del interés colectivo y principalmente la satisfacción de una necesidad, como lo sería, mejorar el acceso de la población a un medicamento que estaría destinado a atender problemas de hipertensión, esta Sala considera que en el presente caso sí existían razones que justificaban la autorización del expendio del producto genérico, sin que ello implique una violación a los derechos alegados por los laboratorios que introducen al mercado sustancias novedosas.

En tal virtud se observa, que en lo que respecta a la controversia analizada no ha quedado demostrado que el Estado haya empleado indebidamente el ejercicio de la potestad discrecional que ostenta en la materia y por lo tanto, la autorización que hiciera de tales medicamentos, a diferencia de lo alegado por la representación de la empresa recurrente, en modo alguno puede interpretarse como una divulgación del secreto industrial, toda vez que la Administración con la autorización dada en ese sentido, por un lado estaría tutelando un derecho superior, como lo es el acceso de un mayor número de la población a los medicamentos y por otra parte se estaría circunscribiendo a revisar si se cumplieron o no los

requisitos establecidos para la respectiva comercialización, esto es los previstos en la Ley cuando se trata de productos que no comportan el carácter de novedoso.

De manera que la merma patrimonial a que aluden los accionantes en su recurso, de ser cierta, en todo caso sólo podría tramitarse a través de la sustanciación de un procedimiento de distinta naturaleza al que se ventila ante esta Sala.

Empero, cabe destacar que entrar a analizar lo expuesto excede el tema objeto de debate de la presente controversia, ya que la accionante no formuló pretensiones de condena; únicamente se limitó a solicitar la nulidad de la Resolución N° 084, emanada el 13 de febrero de 2002, del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.393 del 27 de febrero de 2002, mediante la cual se autorizó la comercialización del producto farmacéutico “Candesartan” de 8 y 16 mg. y en apoyo de dicho pedimento formuló denuncias e imputó vicios que giran en torno a la idea de violación de la confidencialidad de la información y la protección que el Estado debía brindarle a los datos suministrados con ocasión del registro sanitario de los productos Atacand de 8 y 16 mg.

De manera que planteada en tales términos la controversia y atendiendo a los razonamientos arriba expuestos, esta Sala declara sin lugar el recurso de nulidad intentado por la accionante, toda vez que como ha quedado demostrado en las líneas que anteceden, el Estado a través de decisiones como la recurrida se encuentra resguardando la salud como derecho humano fundamental, al garantizar el abastecimiento a la población de los productos farmacéuticos genéricos de primera necesidad, los cuales económicamente resultan mucho más accesibles que los medicamentos originales. Así se decide.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Principios Constitucionales: Seguridad Jurídica*

TSJ-SC (464)

28-3-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Valerio Antenori. Revisión de sentencia de la Sala de Casación Civil.

El principio de seguridad jurídica supone que los cambios en el sentido de la actuación del Poder Público, no se produzcan en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.

Establecido lo anterior, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de la presente solicitud de revisión, no sin antes reiterar el criterio sostenido en sentencia del 2 de marzo de 2000 (caso: “*Francia Josefina Rondón Astor*”), ratificado en el fallo del 13 de julio de 2000 (caso: “*Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda*”), conforme al cual la discrecionalidad que se atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe ser entendida como una nueva instancia y, por tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, lo cual será analizado por esta Sala, siendo siempre facultativo de ésta, su procedencia.

Por otra parte, esta Sala ha sostenido en casos anteriores que la labor tuitiva del Texto Constitucional mediante la revisión extraordinaria de sentencias no se cristaliza de forma similar a la establecida para los recursos de gravamen o impugnación, diseñados para cuestionar la sentencia, para ese entonces, definitiva.

Antes bien, el hecho configurador de la revisión extraordinaria no es el mero perjuicio, sino que, además, se verifique un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por esta Sala, la indebida aplicación de una norma constitucional, un error grotesco en su interpretación o, sencillamente, su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de gravamen o de impugnación existe una presunción de que los jueces en su actividad jurisdiccional, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna. De tal manera que, sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, la revisión de la sentencia (Vid. Sentencia de la Sala N° 2.957 del 14 de diciembre de 2004, caso: “*Margarita de Jesús Ramírez*”).

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones y luego de un cuidadoso análisis de los alegatos esgrimidos en la solicitud de revisión planteada, esta Sala observa que el accionante fundamenta su pretensión en la violación del principio de seguridad jurídica y estabilidad de criterio, eventualmente menoscabado a consecuencia de la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial a un caso incoado bajo el imperio del criterio abandonado en el propio caso concreto.

Al respecto, esta Sala se ha pronunciado en múltiples oportunidades respecto al principio de confianza legítima (*vid.* sentencia 3180, dictada el 15 de diciembre de 2004, caso: *TECNOAGRÍCOLA LOS PINOS TECPICA, C.A.*, estableciendo lo siguiente:

“Seguridad Jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado, después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, el cual no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Pero, a juicio de esta Sala, este no es sino un aspecto de la seguridad jurídica, ya que el principio lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad.

Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la mayor responsabilidad en la interpretación normativa, ya que es la estabilización de la interpretación lo que genera en la población y en los litigantes, la confianza sobre cual sería el sentido que tiene la norma ante un determinado supuesto de hecho (a lo que se refiere la uniformidad de la jurisprudencia)".

De la decisión parcialmente transcrita se evidencia, que el principio de seguridad jurídica, supone que los cambios en el sentido de la actuación del Poder Público, no se produzcan en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.

En el orden de las ideas anteriores, García Morillo (*Derecho Constitucional*, Vol. I, Cuarta Edición, Valencia, p. 65) afirma, que la seguridad jurídica consiste en la "...regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y los jueces y tribunales".

En criterio del referido autor, dicho principio, propugna la exclusión del comportamiento imprevisible generador de inseguridad jurídica, pues "...sólo en un ordenamiento en la que la seguridad jurídica sea un principio predominante pueden los ciudadanos defender adecuadamente sus intereses y derechos."

De la misma manera, Villar Palasí, *Derecho Administrativo, España*: Universidad de Madrid 1968, p. 143) apunta, que la confianza legítima tiende "...en esencia a la necesaria protección por medio de los tribunales frente al acto arbitrario", es decir, plantea la noción de previsibilidad en el comportamiento y en la aplicación del derecho por los Poderes Públicos, lo cual supone proporcionar un margen de certeza en la actuación del Estado.

Así, el principio *in comento* tiende a que los particulares, conozcan de antemano qué conducta puede suponer la modificación de su status jurídico. De allí, que el Magistrado Levis Ignacio Zerpa, "La Interpretación Judicial", *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 3, Caracas 2004, p. 324) certeramente sostenga, que "...hay sujetos cuya interpretación de alguna forma va a tener mayor trascendencia que otras. Es el caso del juez, dado que el derecho tiene una función predictiva, muy vinculada a la idea de seguridad jurídica, ya que se espera que las interpretaciones se conserven dentro de unas determinadas líneas; no con la idea de que no puedan cambiar, pero sí con la idea de que se pueden hacer ciertas predicciones razonables sobre las decisiones, las cuales constituyen verdaderos antídotos contra las interpretaciones extravagantes o las interpretaciones inesperadas; esas interpretaciones que nadie había visto y un buen día alguien con alguna genialidad, con esos destellos que pueden a veces llegarle a alguien, surja una interpretación que nadie esperaba."

En este contexto, esta Sala dictó la decisión N° 15 de diciembre de 2005, caso: *RAFAEL JOSÉ FLORES JIMÉNEZ*, en la cual dejó establecido lo que a continuación se transcribe:

"El simple cambio de una línea jurisprudencial no debe obedecer a caprichos irrazonables o a simples intereses particulares, sino debe atender a razones de mérito que justifiquen en un determinado momento el vuelco legal, mediante la elaboración por parte de la Sala protagonista o innovadora del cambio jurisprudencial de las justificaciones que incidieron en dicha variación, ya que si bien la sentencia constituye el acto por excelencia de los órganos jurisdiccionales mediante la cual se logra la resolución de una controversia suscitada entre dos partes, la misma cuando es emanada del Máximo Tribunal tiene por

finalidad mitigada establecer una uniformidad jurisprudencial entre los Tribunales integrantes de la República.

Aunado a ello, debe atenderse al momento de realizar un cambio jurisprudencial al impacto social que pudiera tener dicha decisión dentro del orden social, más aun dentro de nuestra sociedad donde existe un colectivo necesitado de una justicia idónea y social que tienda a equilibrar las desigualdades imperantes entre los seres humanos.

Así pues, debe reafirmarse que si bien podríamos hablar dentro de nuestro ordenamiento jurídico del principio de continuidad jurisprudencial, atendiendo a los precedentes que pueda emitir esta Sala Constitucional, como una conducta críticamente evaluada, debe advertirse que mitificar su respeto irrestricto al cambio de criterios constituye una conducta igualmente reprochable, ya que ello conduciría a una petrificación a todas luces indeseable, de nuestras interpretaciones legales y constitucionales.

En consecuencia, ello debe hacerse –cambio de criterio jurisprudencial-, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos de orientación o sentencias “overruling”, que quiebran abruptamente una línea jurisprudencial, son siempre peligrosos porque cuestionan la idea misma de la justicia (la igualdad en la aplicación de la Ley) lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata, cuya legitimidad resulta menoscabada por los frecuentes cambios de doctrina”.

En el mismo sentido de la decisión parcialmente transcrita, se encuentra la sentencia N° 578 del 30 de marzo de 2007, caso: *María Elizabeth Lizardo Gramcko de Jiménez*, en la cual estableció lo siguiente:

“La confianza legítima o expectativa plausible se encuentra estrechamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, el cual refiere al carácter del ordenamiento jurídico que involucra certeza de sus normas y, consiguientemente, la posibilidad de su aplicación, toda vez que lo que tiende es a la existencia de confianza por parte de la población del país, en el ordenamiento jurídico y en su aplicación. De allí que comprenda:

- 1.- El que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes.
- 2.- Que la interpretación de la ley se haga en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

...omissis...

La uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando, sorprendiéndose así la buena fe de los usuarios del sistema.”

Concretamente, en materia de los efectos de los cambios de criterio esta Sala en sentencia del 5 de mayo de 2003 (Caso: POLIFLEX, C.A.), indicó que:

“La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho.”

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases, sobre la confianza que tiene un particular, de que un órgano del

Poder Público, actúe de manera semejante a la que ha venido actuando, frente a circunstancias similares o parecidas, a la posición que él esté atravesando en el presente.

En el caso bajo estudio, se puede observar, que la Sala de Casación Civil, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de un recurso de casación, interpuesto contra sentencias dictadas por los tribunales de Reenvío, tomaba en consideración, la cuantía vigente para el momento en que había sido emitida la sentencia definitiva objeto del primer recurso de casación, ese criterio se aprecia, en las sentencias citadas por la Sala de Casación Civil, al momento de decidir el recurso de hecho, oportunidad en la cual refirió, que ratificaba decisiones del 30 de abril y 14 de agosto de 1997, las cuales constituían 'criterios señeros acerca de la cuantía para acceder a casación después de la sentencia de reenvío, donde se estableció que las decisiones de reenvío quedaba excluido el requisito de la cuantía para la admisibilidad del recurso de casación...'

En ese mismo sentido, esta Sala observa que la Sala de Casación Civil, el 17 de diciembre de 1997, en el expediente N° 96-510, estableció lo siguiente:

'...En cuanto a los asuntos que se someten a la consideración del Alto Tribunal, por efecto de una sentencia de reenvío, asiste a la parte interesada, un derecho adquirido a la revisión del fallo por la Corte, no sólo mediante un recurso de nulidad, (...) sino también por efecto de un recurso de casación propuesto contra la decisión de reenvío'.

Y el 23 de abril de 1998, en el expediente N° 95-359, señaló lo siguiente:

'... Cuando ha sido casada la sentencia por denuncia planteada por una de las partes, la inadmisibilidad del recurso -por razones de cuantía- propuesto por la otra parte contra la sentencia de reenvío ocasionaría un desequilibrio procesal repudiado por los artículos 15 y 204 del Código de Procedimiento Civil en desarrollo de derechos constitucionales. En consecuencia, el requisito de la cuantía para la admisión del recurso de casación será examinado sólo en la primera oportunidad en que se interpone el recurso. Por lo que de presentarse la casación múltiple contra las decisiones de reenvío, éstas quedan excluidas de la revisión de tal requisito...'

Observa esta Sala, que todas las sentencias mencionadas, son anteriores al 5 de octubre de 1998, oportunidad en la cual el apoderado de la recurrente, anunció recurso de casación contra la sentencia de reenvío dictada por el Juzgado de los Municipios Girardot y Mario Briceño Yragorry del Estado Aragua, es decir, era perfectamente factible pensar que el recurrente confiara que era esa y no otra, la cuantía que le iba a ser exigida a la hora de anunciar un nuevo recurso de casación, mucho más, cuando esa era la postura de la Sala de Casación Civil de este Tribunal, aun cuando ya había sido dictada la Resolución N° 619 por parte del entonces Consejo de la Judicatura, que aumentó la cuantía para recurrir a casación de Bs. 250.000,00 a Bs. 5.000.000,00.

La sentencia del 6 de mayo de 1999, a través de la cual se decidió el recurso de hecho intentado, no hace más que ratificar el criterio anterior, y en consecuencia admitió el recurso de casación y ordenó su tramitación.

Ahora bien, la sentencia recurrida, dictada el 31 de octubre de 2000, basándose en una decisión de la propia Sala de Casación Civil del 13 de abril de 2000, cambió el criterio que venía sosteniendo, y estableció como perentorio, cumplir con una nueva exigencia de la Sala, para casos similares al que se estudia, dejando sin efecto la admisión del recurso de casación, el cual había sido anunciado incluso con anterioridad al fallo del 13 de abril de 2000, motivo por el cual esta Sala Constitucional considera que se violó el principio de seguridad jurídica que debe garantizar el Estado Venezolano.

Quiere dejar claro esta Sala, que no se trata de que los criterios jurisprudenciales no sean revisados, y sincronizados con las exigencias propias del desarrollo y cambio social, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros, y que se respeten en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existían para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Considera la Sala, que negar la admisión de un recurso de casación previamente admitido, y bajo las circunstancias antes expuestas, es nugatorio de la garantía de ser juzgado por un juez natural, establecida en el numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual conlleva la violación del derecho a un debido proceso, y el hecho de que la Sala Civil no examine los argumentos de la recurrente, en contra de la sentencia de reenvío, va en detrimento directo del derecho a la defensa, todo lo cual se conjuga y sin lugar a dudas impide que la administración de justicia imparta una tutela judicial efectiva.

Igualmente, observa esta Sala, que exigir una nueva cuantía para la admisión del nuevo recurso de casación intentado contra la sentencia de reenvío, atenta contra el principio de la perpetuatio jurisdictionis, consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, y que a la letra expresa lo siguiente:

‘La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.’

Tal principio, opera en resguardo de la seguridad jurídica, y sobre el mismo, el autor Hernando Devis Echandía expresa lo siguiente:

‘La situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda es la determinante de la competencia para todo el curso del juicio, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarle....Es apenas natural que el actor se atenga a la situación existente en el momento en que demanda para cualquier efecto jurídico, y con base en ella investigará cuál es el juez que debe conocer de su demanda. El no está en capacidad de prever, por lo general, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación, y en caso de ser previsible no tiene la seguridad de que ellas se sucedan. Su litigio de todas maneras versará sobre lo que existe en ese momento, y el juez, al asumir su conocimiento, deberá basarse también en esa realidad’. (Resaltado de este fallo).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es de observar, que para la fecha en que se interpuso el recurso de casación que dio lugar a la sentencia objeto de revisión y de hecho, hasta el momento en que se dictó la referida decisión, la Sala de Casación Civil había mantenido pacífica y reiteradamente el criterio de que la perención de la instancia no operaba cuando la paralización de la causa fuese imputable al juez, porque se encontraba pendiente una decisión de fondo o incidental.

Ciertamente, hasta que se dictó la decisión bajo examen, la citada Sala mantuvo reiteradamente un criterio que aun cuando no se armonizaba con el desarrollado por esta Sala, debió ser modificado y aplicado con efectos *ex nunc*, a los fines de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que resultó violentado al aplicar un nuevo criterio al caso en estudio, sin que ello suponga una negativa para que los órganos jurisdiccionales ajusten los criterios jurisprudenciales a los postulados constitucionales, pues las modificaciones de criterios son exigencias propias de la función judicial, pero los cambios necesarios para el ejercicio verdadero de la justicia en un Estado Social de Derecho y de Justicia no pueden vulnerar principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima del justiciable (decredulitate publica).

De allí que esta Sala deba señalar con precisión que no es el cambio de criterio el que atenta contra la Constitución y los derechos, garantías y principios que la misma consagra, sino su aplicación inmediata y no a futuro, siendo evidente la lesión a la seguridad jurídica y a la irretroactividad.

En tal virtud, se anula el referido fallo y se repone la causa al estado en que la referida Sala, dicte un nuevo pronunciamiento conforme a la doctrina expuesta en el presente fallo y así se decide.

Finalmente, vista la nulidad de la decisión que puso fin a la causa principal, esta Sala, por vía de consecuencia y a los fines de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del accionante, del cual forma parte esencial la tutela cautelar, anula la sentencia N° 791, dictada el 31 de octubre de 2007, por la misma Sala de Casación Civil de este Alto Tribunal, mediante la cual se declaró no ha lugar el pronunciamiento en el cuaderno de medidas abierto con ocasión del juicio principal, y ordena, a la citada Sala, que provea sobre la pretensión cautelar planteada y así se decide.

2. *Garantías Constitucionales*

A. *Tutela Judicial Efectiva*

TSJ-SC (2301)

23-1-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: CVG, Industria Venezolana De Aluminio, C.A., (VENALUM) vs. Decisión del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar con sede en Puerto Ordaz.

Al respecto reitera esta Sala que, ciertamente, todas las personas llamadas a un proceso, o que de alguna otra manera intervengan en el mismo en la condición de partes, gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela judicial efectiva, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable, a la invariabilidad de las sentencias y que una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines de que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos.

TSJ-SC (155)

26-2-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Junta Electoral Principal del Estado Zulia

El desconocimiento por parte de los jueces de la obligación contenida en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, al omitir plantear de oficio el correspondiente conflicto de competencia cuando sea procedente y, en cambio procedan a remitir al órgano jurisdiccional que consideren competente, constituye una violación al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, pues el derecho a dicha tutela, no supone solamente el acceso a la justicia y de poder accionar ante los Tribunales, sino también a obtener con prontitud la decisión correspondiente, evitándose así dilaciones procesales indebidas.

Una vez declarada su competencia para pronunciarse sobre el presente asunto, esta Sala pasa a efectuar las consideraciones que se explican a continuación:

El artículo 334 constitucional atribuye a todos los Jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer, aún de oficio, el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre aquellas y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas.

En este sentido, reitera la Sala que el examen de las sentencias en las que se ha ejercido el control difuso de la constitucionalidad, remitidas por los Tribunales de la República, resulta en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas a la Carta Magna, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

De allí que, con el fin de ejercer la referida atribución, esta Sala ha sostenido reiteradamente que:

“(...) el juez constitucional debe hacer saber al Tribunal Supremo de Justicia sobre la decisión adoptada, a los efectos del ejercicio de la revisión discrecional atribuida a la Sala Constitucional conforme lo disponen los artículos 335 y 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)”, “(...) para lo cual resulta obligatoria la remisión de la copia certificada del fallo que contenga la desaplicación de la norma (...)”.

Así pues, para que esta Sala pueda ejercer la atribución que le confieren los artículos 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5.22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el tribunal que desaplique una norma jurídica, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, tiene el deber de remitir copia certificada de la decisión en la cual ejerció ese control de la constitucionalidad, con indicación expresa del carácter definitivamente firme del fallo, pues, de lo contrario, esta Sala no podrá ejercer la revisión del mismo.

En acatamiento de ese último criterio, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ejerció la potestad de control difuso de la constitucionalidad de las leyes que le confiere a todos los Tribunales de la República el primer aparte del indicado artículo 334 constitucional, y desaplicó, en la decisión objeto de la presente consulta, la norma prevista en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil.

De manera que, cumplido en este caso el requisito *sine qua non* exigido para el examen de la decisión sometida a revisión, previsto en los artículos 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5.22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como lo es el carácter definitivamente firme del fallo en cuestión, esta Sala pasa a revisarla y a tal efecto observa lo siguiente:

El artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, establece que *“(...) Cuando la sentencia declare la incompetencia del Juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos indicados en el artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerare a su vez incompetente, solicitará de oficio la regulación de la competencia (...)”.*

Por su parte, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé que *“(...) Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (...). El Estado*

garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (...)”.

Asimismo, la Sala advierte que tal como lo señala la sentencia objeto de revisión, siendo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el segundo órgano jurisdiccional en declararse incompetente para conocer sobre la acción interpuesta -siendo el primero el Juzgado Superior en lo Civil, Contencioso Administrativo y Tributario de la Región Occidental-, correspondía entonces solicitar regulación de competencia conforme a lo previsto en los artículos 70 y 71 del Código de Procedimiento Civil, por ante el órgano superior común, cual es la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, considera esta Sala a los fines de resolver el asunto *sub examine*, que para determinar si existe incompatibilidad o no entre una o varias normas jurídicas y el Texto Constitucional -y en caso de que exista, aplicar las disposiciones constitucionales respectivas en el caso concreto y, por supuesto, omitir la aplicación de otra u otras normas (desaplicación)-, el juez debe efectuar una serie de actividades intelectivas encaminadas a tal fin, las cuales deben estar plasmadas, cuando menos sintéticamente, en el texto de la decisión.

Así pues, básica y sistemáticamente el juez debe determinar cuáles son las normas en posible conflicto, tanto las de rango legal como las de rango constitucional y, seguidamente, debe desentrañar el sentido y alcance de las mismas, es decir, debe interpretarlas, para luego proceder a analizar si efectivamente la o las normas legales colisionan con la o las normas constitucionales en cuestión, para posteriormente arribar a una conclusión y decidir en ese sentido, todo lo cual deberá ser expresado suficientemente en la decisión, para cumplir con el cardinal principio *reddere rationem* y, especialmente, para garantizarles a los justiciables el derecho a la defensa y, en fin, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, la Sala debe reiterar que la competencia es la “(...) *medida de la jurisdicción que ejerce cada juez en concreto (...)*” y su noción negativa (incompetencia), entendida como aquella imposibilidad del juez para ejercer en un caso específico el poder jurisdiccional que se le ha otorgado, lo excluye del conocimiento de la causa, mas lo obliga a determinar cuál es el competente, por estar comprendido el asunto en la esfera de sus poderes y atribuciones legales -Vid. Sentencia de esta Sala N° 117/2002-.

Sin embargo, para el caso de que se encuentre en controversia la afirmación de la competencia o su negativa, el ordenamiento jurídico ha dispuesto su regulación como mecanismo de impugnación de cualquier resolución del órgano jurisdiccional que verse sobre tal presupuesto, y su funcionalidad se traduce en una tutela indirecta del derecho constitucional al juez natural -Vid. Artículo 49 numeral 4 de la Constitución-, estatuyéndose en el Código de Procedimiento Civil, entre otros supuestos de procedencia, aquel en el cual el juez declara su propia incompetencia y se planté la regulación de competencia de oficio, cuando el órgano jurisdiccional que deba suplir al abstenido se considere a su vez incompetente (artículos 70 y 71 *eiusdem*) -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.722/2002-.

Es así como, atendiendo a ese carácter de tutela indirecta del derecho constitucional al juez natural que posee la regulación de competencia, esta Sala en sentencia N° 3.181/02, resolvió en un caso similar, relativo al desconocimiento del órgano jurisdiccional de la obligación de plantear un conflicto negativo de competencia, lo siguiente:

“(…) una vez modificado indebidamente el fallo con el cual se declinó la competencia, se remitieron las actas del expediente al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Occidental, que por decisión del 11 de mayo de 2002 no aceptó la declinatoria efectuada, con lo cual, se trabó un conflicto de competencia traducido en la manifestación de no conocer de ambos Juzgados Superiores; razón por la que lo procedente era la regulación de oficio de la competencia, puesta en entredicho por la negativa de ambos Juzgados Superiores de conocer, situación que no fue así, pues, en cambio, se procedió a la remisión directa de las actas procesales al Juzgado que dicho tribunal estimó competente.

En atención a tal circunstancia, considera esta Sala que debió instarse el mecanismo preceptuado en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, pues a partir de ese momento no existía Juez natural por la incertidumbre que planteaba el conflicto de competencia, sin que el mismo hubiera podido resolverse mediante actos de allanamiento de las partes, en razón de que se trata de materia de orden público, no relajable por actos de las partes, lo cual, a todas luces, crea una inseguridad jurídica que atenta contra el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, no sólo de la parte accionante sino del tercero coadyuvante.

En virtud de lo anterior, resulta procedente la declaratoria de la violación denunciada por los actores, razón por la que se anula la decisión impugnada y se repone la causa al estado que el Juzgado Octavo Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia remita el expediente a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con el artículo 42, numeral 21 en concordancia con el 43, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil (...)” (Resaltado de la Sala).

Con relación al derecho al juez natural, esta Sala ha afirmado en reiteradas oportunidades, que en la persona del juez natural deben confluir varios requisitos, entre los cuales se encuentra la competencia por la materia, en el entendido de considerar competente por la materia a aquel juez que así hubiera sido declarado, al decidirse un conflicto de competencia, siempre que para la decisión del conflicto se hayan tomado en cuenta todos los jueces que podrían ser llamados a conocer, o cuando en la decisión del conflicto no se haya incurrido en un error inexcusable en las normas sobre competencia -*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 520/2000 y 1.737/2003-.

De igual forma, debe destacarse que el fundamento histórico-teleológico que justifica la existencia de esta norma en el ordenamiento jurídico procesal, se basa en el principio de celeridad, a los fines de garantizar una justicia expedita y sin dilaciones indebidas, para evitar los inconvenientes y retardos que se generaban con las denominadas excepciones dilatorias de incompetencia y las cuestiones de competencia entre los jueces bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1916 -Cfr. RANGEL ROMBERG, ARÍSTIDES. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano; Teoría General del Proceso”; Tomo I, p. 391, 400 al 403-.

Congruente con las consideraciones antes expuestas, la Sala no puede afirmar su conformidad con el núcleo conceptual de la desaplicación por control difuso efectuada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, el cual permitiría que otros órganos jurisdiccionales en casos análogos, bajo el argumento que efectivamente están remitiendo al tribunal competente o resultan competentes para el conocimiento de la causa que se trate, no sólo eviten plantear el respectivo conflicto de competencia, sino procedan a conocer de una causa, en la cual debería existir certeza del juez natural para el conocimiento de la controversia planteada, mediante una resolución definitiva de un conflicto de competencia por el superior jerárquico.

De ello resulta pues, que el desconocimiento por parte de los jueces de la obligación contenida en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, al omitir plantear de oficio el correspondiente conflicto de competencia cuando sea procedente y, en cambio procedan a remitir al órgano jurisdiccional que consideren competente, constituye una violación al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, pues el derecho a dicha tutela, no supone solamente el acceso a la justicia y de poder accionar ante los Tribunales, sino también a obtener con prontitud la decisión correspondiente, evitándose así dilaciones procesales indebidas.

Bajo tales parámetros, la Sala considera que la sentencia objeto de revisión no concuerda con el contenido del referido artículo 26 constitucional y del derecho al juez natural consustancial con la regulación de competencia.

Así, la Sala reitera que circunstancias tales como el largo tiempo transcurrido en la causa, el aspecto formal referido a la competencia para conocer del fondo de la causa y la particularidad de la jurisdicción contencioso electoral en la cual la Sala Electoral sigue ostentando de forma exclusiva y excluyente, como máxima y única instancia, la competencia en materia contencioso electoral a nivel nacional, respecto a todos los procesos electorales y mecanismos de participación política, sin menoscabo de las competencias específicas de la Sala Constitucional en esta materia destinadas a materializar los mecanismos de operatividad del control de constitucionalidad en sus variadas formas, no implican ni son fundamento suficiente para una derogatoria de los principios que rigen la regulación de competencia y, particularmente, del deber de todos los jueces de plantear en aquellos casos que proceda, un conflicto negativo de competencia conforme a los artículos 70 y 71 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, en virtud de las razones de hecho y de derecho expresadas *ut supra*, esta Sala debe declarar no conforme a derecho la desaplicación efectuada en la sentencia N° 122/2007 que dictó la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, anula la referida decisión y ordena a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, pronunciarse de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente fallo. Así se decide.

B. *La Garantía de igualdad ante la ley*

TSJ-SC (190)

28-2-2008

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Interpretación del artículo 21 de la Constitución

El artículo 21 de la Constitución de 1999, en atención a su carácter enunciativo, incluye dentro de los supuestos de prohibición de discriminación el relativo a la orientación sexual del individuo.

En el caso de autos se incoó solicitud de interpretación constitucional en relación con dos aspectos en concreto: de una parte, se peticionó la interpretación del artículo 21, cardinal 1, de la Constitución, en conexión con los artículos 19, 20 y 22 *eiusdem*, "...con respecto a si el principio de no discriminación abarca a la no discriminación por orientación sexual". De otra, se planteó a la Sala la posible colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21, cardinal 1, y 77 de la Constitución desde la perspectiva del principio de la no discriminación por orientación sexual, en el sentido de que el artículo 77 constitucional equipara las uniones

de hecho entre hombre y mujer al matrimonio, y no así las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que implicaría un tratamiento discriminatorio.

1. En relación con la interpretación del artículo 21, cardinal 1, de la Constitución, la Sala considera necesaria la transcripción del texto de dicha norma:

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

La jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha expuesto ya, en diversas ocasiones, cuál es el contenido y alcance de ese derecho fundamental. Así, en sentencia n.º 536 de 8-6-00 (caso *Michelle Brionne*) se estableció que el principio de igualdad ante la ley impone el otorgamiento de trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad, y trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad.

Asimismo, entre otras muchas, en decisión N° 1197 de 17-10-00, -que fue reiterada en fallo 3242 de 18-11-03-, se dispuso que “...el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación”, y aclaró también que “no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas”.

La comparación del texto del artículo 21 de la Constitución vigente respecto del artículo 61 de la Constitución de 1961 revela que el Constituyente de 1999 pretendió reforzar este derecho, precisamente mediante la inclusión de una cláusula abierta que proscriba cualquier forma arbitraria de discriminación, en adición a las que expresamente señala la norma, esto es, raza, sexo, credo, o condición social. Así, el encabezado de dicho artículo 61 disponía:

No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social.

En cambio, el artículo 21 de la Constitución de 1999 es claramente enunciativo respecto de la prohibición de cualquier factor irrazonablemente discriminante entre los individuos. Ello se demuestra de su Exposición de Motivos, cuando señala (Título III, Capítulo I) que:

Se reconocen los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la igualdad. En relación con este último, se refuerza y amplía la protección constitucional al prohibir no sólo las discriminaciones fundadas en la raza, el sexo o la condición social, sino además aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Lo anterior obedece a que en la práctica la dinámica social suele presentar situaciones de discriminación que deben su origen a razones distintas de la raza, el sexo o la condición social.

Lo anterior permite concluir que la sola lectura del artículo 21 de la Constitución de 1999, su contraste respecto de la norma análoga que contenía la Constitución de 1961 y la revisión de las expresiones que quedaron plasmadas en la Exposición de Motivos del Texto

Fundamental vigente –consideraciones aparte acerca de su validez como tal-, demuestran que el artículo 21 de la Constitución no es, en modo alguno, una norma taxativa, sino que reconoce el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por cualquier factor arbitrario que pudiere anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de toda persona en condiciones de igualdad, esto es, que la Constitución proscribe los tratamientos desiguales respecto de quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, con independencia de que el motivo discriminante sea alguno de los que fueron enunciativamente recogidos en ese precepto constitucional.

Cuando lleva tales consideraciones al plano del caso concreto, encuentra la Sala que, con fundamento en el artículo 21 de la Constitución, un individuo no puede ser discriminado en razón de su orientación sexual, cuando tal condición implique colocarlo en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad. Así, en su condición de trabajador, en su condición de ciudadano, y, en general, respecto del ejercicio de sus derechos individuales (civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos) que le otorga la condición de persona, es, ante la Ley, igual al resto de la colectividad.

En consecuencia, resulta claro que el artículo 21 de la Constitución de 1999, en atención a su carácter enunciativo, incluye dentro de los supuestos de prohibición de discriminación el relativo a la orientación sexual del individuo; en otras palabras, que el Constituyente dispuso que no puede existir discriminación entre los individuos de la sociedad que se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, con fundamento en su orientación sexual. Así se decide.

C. *Las garantías del debido proceso: Presunción de inocencia*

TSJ-SPA (0040)

15-1-2008

Magistrado Ponente: Carmen Leticia Salazar Briceño

Caso: Juan Carlos Cuenca Vivas vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La violación al derecho a la presunción de inocencia se produciría cuando del acto de que se trate se desprenda una conducta que juzgue o precalifique como ‘culpable’ al investigado, sin que tal conclusión haya sido precedida del debido procedimiento, en el cual se le permita al particular la oportunidad de desvirtuar los hechos imputados.

Al respecto, se observa que el juez afectado con el acto administrativo dictado por la COMISIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL, alegó la presunta violación de los derechos a la defensa y al debido proceso, y del principio de presunción de inocencia, con base en el hecho de que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cambió la calificación de los hechos imputados inicialmente en el procedimiento disciplinario. Asimismo, alegó la violación al principio constitucional de legalidad de las faltas, aduciendo que la ley en que se fundamentó el acto recurrido se encuentra derogada.

Con relación a las denuncias de violación al debido proceso y a la presunción de inocencia, la Sala observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 49 numeral 2, de la Constitución, “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”. Este derecho se encuentra reconocido también en los artículos 11 de la Declaración Universal de

los Derechos Humanos y 8 numeral 2, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

En esos términos se consagra el derecho a la presunción de inocencia, como derivación del derecho a la defensa y al debido proceso, cuyo contenido abarca tanto lo relativo a la prueba y a la carga probatoria, como lo concerniente al tratamiento general dirigido al imputado a lo largo del procedimiento. Por tal razón, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de las pretensiones sancionadoras de la Administración, recae exclusivamente sobre ésta, y sólo puede entenderse como prueba la practicada durante un procedimiento, bajo la intermediación del órgano decisor y la observancia del principio de contradicción. De manera que la violación al aludido derecho se produciría cuando del acto de que se trate se desprenda una conducta que juzgue o precalifique como ‘culpable’ al investigado, sin que tal conclusión haya sido precedida del debido procedimiento, en el cual se le permita al particular la oportunidad de desvirtuar los hechos imputados.

En el caso concreto, observa la Sala que la Administración recurrida abrió el procedimiento disciplinario durante el cual el juez recurrente contó con la oportunidad de formular sus alegatos y presentar pruebas en relación a los hechos imputados, tal como se colige del acto impugnado. De ello se deduce que la notificación del inicio del procedimiento sancionatorio, se hizo de tal manera que, se le permitiera al interesado presentar sus alegatos para desvirtuar los hechos que le fueron imputados. Asimismo, aprecia la Sala que la sanción disciplinaria fue impuesta por haber considerado la Administración suficientemente acreditados los hechos imputados al juez encausado, sobre la base de elementos probatorios que constan en el expediente administrativo, valoración ésta que será analizada al momento de decidir el recurso de fondo, concretamente, el vicio de falso supuesto de hecho.

En consecuencia, debe la Sala desechar la denuncia de violación del derecho a la defensa, al debido proceso y a la presunción de inocencia y así se declara.

3. *Derechos sociales y de las familias*

A. *Protección del matrimonio entre un hombre y una mujer*

TSJ-SC (190)

28-2-2008

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Interpretación del artículo 21 de la Constitución.

El constituyente optó por la atribución de una protección reforzada a una institución jurídica en concreto, como lo es el matrimonio entre un hombre y una mujer, y su equiparación con las uniones de hecho que le son iguales, esto es, entre un hombre y una mujer.

En relación con el segundo de los planteamientos interpretativos que se petitionó a esta Sala, se observa:

La parte actora alegó una suerte de colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21, cardinal 1, y 77 de la Constitución a la luz del principio de la no discriminación por orientación sexual. En este sentido, se argumentó que el artículo 77 constitucional otorga a las uniones de hecho entre hombre y mujer los mismos efectos que el matrimonio, no así a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que, a su parecer, implicaría un tratamiento discriminatorio, pues “una unión de hecho homosexual en la actualidad no disfruta a cabalidad de sus derechos sociales porque en la Constitución no se le reconoce

efectos patrimoniales a este tipo de unión, que posee las mismas características de un concubinato entre hombre y mujer, y más bien se ven expuestas a cualquier tipo de vejamen social si esta unión llega a conocerse públicamente”.

El artículo 77 de la Constitución de 1999 establece:

Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

La norma recoge, así, dos preceptos concretos: en primer lugar, dispone una protección reforzada de la institución matrimonial, en las condiciones que fueron establecidas: que sea entre un hombre y una mujer –lo que implica la existencia de una relación monogámica entre personas de diverso sexo-, y que esté fundada en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges y, en segundo lugar, equipara jurídicamente las uniones estables entre un hombre y una mujer al matrimonio, siempre que cumplan con los requisitos de Ley.

La realidad social que demandó la incorporación de ese precepto constitucional fue la voluntad de otorgamiento de garantía institucional de rango constitucional a la existencia del concubinato, para la atribución de consecuencias jurídicas patrimoniales, la equiparación de los hijos fruto de estas uniones y, en definitiva, su igualación con los efectos civiles del matrimonio. Recuérdese que la existencia de la institución concubinaria es, a su vez, fruto de la adaptación de la legislación civil a esa realidad social. Así, la comunidad concubinaria fue, en nuestro ordenamiento jurídico, una creación del Código Civil de 1942, para dar reconocimiento, como señaló la Exposición de Motivos del Proyecto de ese Código, “a una situación que es frecuente en el país, principalmente en las poblaciones, caseríos y campos alejados de centros densamente poblados. En aquellos lugares, los matrimonios podría decirse son excepción y abundan las uniones ilegítimas. Sucede que el hombre y la mujer viviendo en esa unión públicamente y por muchos años y aun por toda la vida, forman una familia, a veces numerosa, a la cual atienden con verdadera solicitud de padres ejemplares y, al mismo tiempo, con el esfuerzo y trabajo de ambos, forman un patrimonio que, pequeño o grande, es base y recurso de vida para el hombre, la mujer y los hijos...”. Esa institución evolucionó también con la reforma del Código Civil de 1982, la cual reforzó la igualdad del hombre y la mujer frente a la unión concubinaria, las consecuencias patrimoniales de la comunidad concubinaria y la equiparación de los hijos fruto de esa unión a los matrimoniales (Cfr. LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, Tomo II, UCAB, segunda edición, Caracas, 2005, pp. 141 y ss.).

En relación con la interpretación de ese artículo 77 de la Constitución, específicamente en lo que se refiere al alcance de las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer y cuáles de los efectos civiles del matrimonio pueden equipararse a estas uniones, se pronunció ya esta Sala mediante veredicto N° 1682 de 15-7-05. En esa ocasión la Sala expuso:

Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz “unión estable” entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y ello es así porque unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica –que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión

no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social).

Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común.

Además de los derechos sobre los bienes comunes que nacen durante esa unión (artículo 767 *eiusdem*), el artículo 211 del Código Civil, entre otros, reconoce otros efectos jurídicos al concubinato, como sería la existencia de la presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia.

Dado lo expuesto, para la Sala es claro que actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, **y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora –a los fines del citado artículo 77- el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada, y así se declara.**

Lo anterior no significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53.

“Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer”, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimientes que impidan el matrimonio (Destacado añadido).

Ahora bien, en la interpretación que dio esta Sala –y que mantiene en esta oportunidad- al artículo 77 de la Constitución, en lo que se refiere a la determinación de la extensión de los efectos civiles del matrimonio respecto de las uniones estables de hecho entre hombre y mujer y el modo de equiparación de estos efectos, fue, si se quiere, restrictiva, en tanto señaló:

...el matrimonio –por su carácter formal- es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las “uniones estables”.

En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio, y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables. / (...)

Para la Sala, el que la unión estable en general produzca los mismos efectos que el matrimonio, no significa –se repite- que ella se convierte en matrimonio, sino que se le equipara; es decir, en lo que sea posible. / (...)

Debe la Sala acotar que el único concubinato que produce efectos equiparables al matrimonio, es el que se delinea en este fallo; y se hace tal acotamiento porque algunas leyes denominan concubina a la mujer que vive con un hombre a pesar que éste tiene impedimento para contraer matrimonio con ella, cuando en realidad tal concubinato es contrario al artículo 767 del Código Civil y a lo que conceptualiza este fallo.

Por cuanto se trata de una novedad del Texto Constitucional de 1999, cabe indagar cuál fue el propósito del Constituyente cuando la estableció y, más concretamente, hasta qué punto fue intención del Constituyente la atribución de una protección reforzada a ciertas uniones estables de hecho frente a otras.

Así, en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, que se publicó en la *Gaceta Constituyente*, se observa que la letra del artículo 81 –ahora artículo 77- que fue aprobado en primera discusión en sesión ordinaria n.º 29, de 25 de octubre de 1999, fue el que correspondió al constituyente Elio Gómez Grillo, cuyo texto era el siguiente: “*se protege el matrimonio. Las uniones estables de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la Ley, producirán los mismos efectos que el matrimonio*”. Frente a esa decisión el constituyente Brewer-Carías salvó su voto y expuso: “salvo mi voto por considerar que no debió eliminarse, al protegerse el matrimonio, la referencia al ‘hombre y la mujer’ que traía la redacción original, pues ya no parece ser obvio, en el mundo moderno, que los matrimonios sólo deban existir entre hombre y mujer”. No obstante, con el contraste del texto de ese proyecto de norma que fue aprobado en primera discusión respecto del actual artículo 77, es evidente que, durante la segunda discusión, la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente acogió esta última postura, modificó la que originalmente fue votada y optó por la redacción actual, que especifica que tanto el matrimonio como las uniones estables de hecho serán entre un hombre y una mujer (*Cfr.* Diario de Debates Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente*, imprenta del Congreso de la República, Caracas, noviembre 1999-2000, pp. 15 y ss. de la sesión ordinaria N° 29).

De manera que esa especificidad expresa una escogencia deliberada del Constituyente del 1999, actitud que obedece al arbitrio del Constituyente como máxima expresión de producción jurídica, que se plasmó en un precepto cuya claridad no permite a esta Sala una interpretación distinta de la que imponen los métodos de interpretación literal y teleológica y que no implica, en su criterio, colisión alguna con el artículo 21 de la Constitución.

Así, recuérdese, tal como antes se expuso, que la jurisprudencia de la Sala ha entendido que el derecho a la igualdad implica tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, y que esa desigualdad dependerá de determinadas circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones, que el legislador o, como sucede en este caso, el Constituyente considere relevantes, y que el juez deberá respetar porque es el ámbito de opcionalidad o arbitrio del Legislador o del Constituyente, siempre que no conculque o vacíe de contenido algún derecho fundamental del individuo.

En el supuesto de autos, el constituyente optó, como se dijo, por la atribución de una protección reforzada a una institución jurídica en concreto, como lo es el matrimonio entre un hombre y una mujer, y su equiparación con las uniones de hecho que le son iguales, esto es, entre un hombre y una mujer. Las razones de esa protección reforzada las asoma la Exposición de Motivos de la Constitución cuando, en relación con el Capítulo V “de los derechos sociales y de las familias” –Capítulo que incluye al artículo 77- señala que “los derechos sociales contenidos en la Constitución consolidan las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad en un momento histórico en que los venezolanos y venezolanas se redescubren como actores de la construcción de un nuevo país,

inspirado en los saberes populares que le dan una nueva significación al conocimiento sociopolítico y jurídico del nuevo tiempo”.

Asimismo, se lee en la Exposición de Motivos que tales derechos “*constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica, son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad...*”. De manera que, para el Constituyente de 1999, la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer y la equiparación a éste con las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer son base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico y responden a las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad venezolana en este momento histórico.

Por tanto, a la Sala le interesa destacar que la protección reforzada que, por vía de consecuencia, el Constituyente atribuyó a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer no implica, en sí misma, un trato discriminatorio respecto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. En efecto, la equiparación de las uniones estables entre un hombre y una mujer a los matrimonios entre un hombre y una mujer, busca, como se dijo, igualar jurídicamente dos situaciones sustancialmente similares aunque formalmente distintas; similitud que no existe respecto de uniones entre personas con impedimento para contraer matrimonio (uniones adulterinas) –por ejemplo- o entre personas de un mismo sexo. Debe, así, diferenciarse entre las condiciones individuales de las personas que las distinguen de otras, y su no discriminación en razón de su orientación sexual y la condición de pareja, porque no cabe la concepción de que en el trato desigual a situaciones jurídicas también desiguales, exista colisión constitucional ni discriminación alguna.

Tal como se expuso en páginas anteriores, el derecho a la igualdad implica, según reiteradamente ha sostenido esta Sala, que se dé igual trato a quienes estén en un plano de igualdad jurídica, lo que se determina según criterios valorativos o de razonabilidad que lleven a determinar, en cada caso concreto, si se justifica o no el trato igual o bien el trato desigual. Así lo expuso claramente esta Sala en veredicto N° 898 de 13-05-02, el cual se reiteró en sentencia N° 2121 de 06-08-03, en la que se estableció:

b) El referido artículo [21 de la Constitución] establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Pueden reconocerse tres modalidades del derecho a la igualdad: **a) igualdad como generalización, que rechaza los privilegios, al vincular a todos los ciudadanos a unas normas generales que no admiten distingos**; se relaciona con el conocido principio de que la norma jurídica regula las categorías de sujetos y de situaciones, para las cuales existe una misma respuesta por parte del Derecho; **b) igualdad de procedimiento o igualdad procesal, que supone la sanción de reglas de solución de conflictos, iguales para todos, previas e imparciales**; y **c) igualdad de trato, que implica atender igualmente a los iguales**. Sucede, no obstante, que respecto a un mismo supuesto de hecho puedan darse diferencias en los elementos que lo conforman, lo que daría lugar a la aplicación de consecuencias jurídicas diferentes según que las distinciones sean relevantes para justificar un trato desigual (la igualdad como diferenciación) o irrelevantes, en cuyo caso se dará un trato igual (la igualdad como equiparación).

La igualdad como equiparación rechaza, como quedó dicho, la discriminación fundada en criterios de diferenciación considerados irrelevantes. El anotado rechazo se funda

mayormente en criterios razonables, formados a través del tiempo y asumidos como tales por la ética pública en un momento determinado.

En cambio, **la igualdad como diferenciación toma en cuenta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares, para -en función igualadora-, dar un trato diferenciado. Aquí no se aplican criterios abstractos, como en el caso anterior, sino que se imponen criterios valorativos o de razonabilidad, con el fin de ponderar si las diferencias advertidas justifican el trato desigual.** Póngase por caso las políticas que siguen ciertas Universidades de admitir estudiantes sin que tengan que cumplir ciertos requisitos que sí se exigen a los demás estudiantes, por el hecho de provenir de algunas zonas del país; o las normas que imponen que en determinados organismos estén representadas minorías en un número mínimo, no obstante que por los procedimientos ordinarios de elección tal cuota sería inalcanzable, léase: representación indígena en el parlamento. Estos ejemplos intentan ilustrar acerca de hechos o situaciones que justifican un trato diferenciado a supuestos de hecho en principio similares (cf. el tema de las políticas de la “acción afirmativa” y la “discriminación a la inversa” en Richard A. Watson, *vid. Democracia Americana. Logros y Perspectivas*, México, Noriega Editores, 1989, trad. de Ricardo Calvet Pérez, p. 552).

Sin embargo, la determinación de qué hechos o elementos se estiman relevantes, y, por lo tanto, causa justificada de un trato desigual a supuestos de hecho a primera vista similares, como en el caso del personal docente de una Universidad, de donde la ley excluye a los profesores instructores de participar en la elección de las autoridades de la respectiva facultad a la que pertenecen, corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad -no de arbitrariedad-, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido.

Al juez, por otra parte, desde la premisa de que el legislador es el primer intérprete de la Constitución -de allí que le esté vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas-, le corresponde ponderar si la definición o calificación que el legislador haga de las situaciones de facto o las relaciones de vida que deben ser tratadas de forma igual o desigual, no vacíe de contenido el derecho fundamental que se denuncie como conculcado. Respecto a la anotada prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad dos son las vías que se han ensayado para examinar una denuncia en estos términos: a) una primera, juzga si el criterio utilizado carece de una suficiente base material para proceder al tratamiento diferenciado; o b) a través de un criterio negativo, que sirve para fundamentar la censura solamente en aquellos casos de desigualdad flagrante e intolerable. La Sala estima que su juicio, en estos casos, exige la determinación de si el contenido del derecho fundamental de que se trate ha sido o no desconocido, y ello supone un análisis de si el criterio diferenciador es razonable, esto es, si es tolerable por el ordenamiento constitucional. Luego, cumplida esta fase, el juez se abstendrá de controlar si el legislador, en un caso concreto, ha encontrado la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o más justa, ya que de lo contrario se estaría inmiscuyendo en la mencionada discrecionalidad legislativa (cf. la contribución de Luis Nunes de Almeida a la obra colectiva *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Tecnos, pp. 227-230).

En criterio de la Sala, si lo que la Constitución protegió en forma reforzada fue el matrimonio entre personas de diferente sexo, la posibilidad de extensión de los efectos de esta institución requiere de la misma exigencia respecto de las uniones de hecho para que se logre la asimilación sustancial entre ambas instituciones y, por tanto, a lo único que aquél podría equipararse -bajo pena de violación al derecho a la igualdad- es a las uniones estables también entre un hombre y una mujer. En otros términos, la extensión o aplicación analógica de los efectos de una institución jurídica como es el matrimonio, a otra como es la unión estable o el concubinato, requiere evidentemente que esta última cumpla con los mismos requisitos sustanciales -que no formales- de aquél.

En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer -como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano- la extensión de sus efectos a las uniones de hecho -que histórica y sociológicamente también ha sido “núcleo esencial que da origen a la familia”- debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/05 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto.

La Sala quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio -el cual sí se define como unión entre hombre y mujer-. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como -en el ejemplo que ya se mencionó-, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado -uniones de hecho “adulterinas”-, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio.

Así, salvo los límites que se expresaron que imponen el orden público y la prohibición de fraude a la ley, nada obsta para la admisión de la existencia, entre dos personas del mismo o de distinto sexo, de una comunidad ordinaria o una sociedad cuya causa sea el aporte común de bienes o esfuerzos, que está dirigida al logro de un fin, también común; como afirma la doctrina, “lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas y que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si alguien ha unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad”. (Vid. al respecto, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho* N° 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 230-231).

En consecuencia, la Sala declara que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución es enunciativo y como tal proscribiera cualquier forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual del individuo. Asimismo, declara que ese precepto constitucional no colide con el artículo 77 *eiusdem* en lo que se refiere a la protección especial o reforzada que éste establece a favor de determinada categoría de uniones de hecho, pues lo que esta última norma recoge es una discriminación positiva, protección o mejora que implica una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue

la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, *per se*, una discriminación de las que proscribe el artículo 21 constitucional, ni comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones de hecho entre personas –de distinto o igual sexo- cuya regulación, en todo caso, corresponde al legislador. Así se declara.

Voto salvado de la Magistrado Carmen Zuleta de Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que interpretó el artículo 21 de la Constitución, en el sentido de que no es posible la discriminación individual en razón de la orientación sexual de la persona, y declaró que no existe colisión alguna entre dicho precepto y la norma contenida en el artículo 77, también de la Carta Magna.

En criterio de quien disiente, la interpretación que realizó la mayoría sentenciadora acerca del alcance de la prohibición constitucional de no discriminación en razón de la orientación sexual no sólo simplificó con una metodología de interpretación literal la cuestión de la diversidad de género sometida a interpretación bajo la luz de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que dejó invisibilizado el problema de la intolerancia, del menosprecio o tratamiento degradante; y en general, de la exclusión social que afrontan las personas homosexuales o de identidad de género diversa; no por falta de reconocimiento de los derechos fundamentales, sino por la falta de garantías a todos y cada uno de esos derechos.

Para garantizar los postulados de la igualdad ante la ley previstos en el artículo 21 constitucional debe necesariamente partirse del reconocimiento de un **derecho implícito** (artículo 22) en nuestra Carta Magna, cual es el derecho a la libertad en la orientación sexual, que es, hoy día, un componente esencial a la personalidad humana; de tal manera que al carecerse de ese mínimo reconocimiento las personas con una orientación distinta a la heterosexual se excluyen o se marginan socialmente al no tener basamento para concretar sus derechos a la igualdad y a la dignidad ciudadana. Expresado esto en términos alusivos a la esencialidad del ser humano, se ha preguntado una pensadora contemporánea, Hannah Arendt: “¿Cómo es posible vivir en el mundo, amar al prójimo, si el prójimo, o incluso tu mismo no acepta quién eres?”

Y en efecto, hemos de convenir en que han sido los prejuicios religiosos y morales arraigados culturalmente los que impiden en el foro un debate abierto y formador de un tema sobre el cual existe suficiente material de análisis científico. Desde 1935, Sigmund Freud determinó con claridad que la homosexualidad no es una enfermedad; y este dato fue formalmente registrado en 1987 por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Siendo así, la orientación sexual es parte fundamental del libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 20 constitucional), y ni el Estado ni los particulares deben interferir en el libre desenvolvimiento de la personalidad fijando un modelo obligatorio de conducta sexual ni prohibiendo otros.

En cambio, el Estado, a objeto de conducir eficazmente políticas públicas de salud, educación y familia, debe propiciar que sean sacadas de la clandestinidad las relaciones de parejas homosexuales para impedir los comportamientos al margen de la Ley que por razones de sobrevivencia suelen adoptar las personas socialmente excluidas; al no hacerlo, el Estado adopta “una mirada impotente” marginando de las prácticas sociales comunitarias a estas personas integrantes de grupos sociales vulnerables, y las condena al ostracismo y a los abusos sociales; no en vano la tendencia contemporánea de muchos países de normalizar las distintas formas de convivencia humana. Así, por ejemplo, la legislación comparada da cuenta de una diversidad de instrumentos jurídicos que permiten a las personas del mismo

sexo ejercer su derecho de fundar una familia por medio de distintos grados de compromisos sin que se desconozca la protección legal a que tienen derecho; por ejemplo, en los Países Bajos a partir del 1 de abril de 2001 y en Bélgica desde el 30 de enero de 2003 existen leyes que permiten el matrimonio entre homosexuales; en España desde 2006; también en el Estado de Massachussets de los Estados Unidos; así como en seis regiones de Canadá que comprende el 85% de la población de ese país. En Argentina la Ley 1004 de 2003 legaliza las uniones homosexuales y crea el Registro Público de Uniones Civiles; en Dinamarca la Ley del 7 de junio de 1989 sobre el Registro de Parejas Homosexuales; en Noruega la Ley de 1 de agosto de 1993 sobre Registro de Parejas Homosexuales; en Suecia la Ley de Registro de Parejas de Hecho de 1994; el Estado de Vermont, en los Estados Unidos, en el año 2000 creó la Unión Civil para las parejas homosexuales; en Islandia desde 1996; en Francia desde 1998; en Finlandia desde 2000; en Alemania desde 2001; en el Reino Unido y en Nueva Zelanda desde 2004.

La interpretación de la mayoría, a mi modo de ver, parte de una falsa premisa: no obstante no prohibir ni condenar las uniones de hecho entre personas de igual sexo (página 26) niega las consecuencias jurídicas del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, dando por implícito un modelo constitucional de heterosexualidad obligatoria que desconoce los valores del Estado pluralista en los cuales se fundamentó el Estado Social de Derecho y de Justicia que proclama el Preámbulo de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, dice la sentencia disidente que la Constitución no establece para las uniones homosexuales la protección reforzada, especial o extra que vincula al legislador por cuanto el artículo 77 constitucional otorga sólo protección al matrimonio o a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer: lo que impide asimilar para tales efectos a las parejas de homosexuales; pero omite la sentencia disidente el análisis del concepto de familia que establece el artículo 75 constitucional como “asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas...”, suponiendo incorrectamente que sólo mediante el matrimonio y las uniones estables de hecho previstas en el artículo 77 *eiusdem* es permisible constitucionalmente la fundación de la familia, cuando por el contrario, existen en la sociedad un sin número de formas de constituirla. Y ciertamente, desde un punto de vista jurídico y sociológico no debería definirse la familia mediante una construcción formalista, nuclear, de marido, mujer e hijos, modelo teórico-tradicional que tampoco responde a nuestra realidad venezolana donde estructuralmente por lo menos el 20% de la población total la conforman familias donde las madres son jefes de hogar, sin contar el concepto de familia extendida practicado ancestralmente en la sociedad venezolana.

“La familia es el lugar donde las personas aprenden a cuidar y a ser cuidadas, a confiar y a que se confíe en ellas, a nutrir a otras personas y a nutrirse de ellas...”, en palabras de una alta funcionaria de las Naciones Unidas, Radhika Coomaraswamy; y es justamente ese concepto al que alude el artículo 75 de nuestra Constitución vigente cuando refiere que las “...relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes...”

Siendo ello así, más que determinar limitativamente si las parejas homosexuales pueden alcanzar los mismos efectos que el matrimonio, el análisis de la mayoría sentenciadora debió centrarse en los alcances que la Constitución podía ofrecer a los tipos de familia que no respondan a los patrones tradicionales; esto es, que la disidente debió diferenciar el derecho a contraer matrimonio del derecho a tener familia, máxime cuando el encabezado del artículo 75 constitucional es claro en señalar un concepto amplio de la institución familiar que para

nada se limita a la pareja heterosexual, a diferencia de la Constitución de Colombia que reconoce un solo tipo de familia como aquella constituida por una pareja heterosexual y monogámica ya sea por el vínculo matrimonial o por la voluntad responsable de conformarla. De allí las limitaciones de la jurisprudencia constitucional colombiana.

El concepto de familia que impera en las sociedades occidentales es el concepto vinculado a las tradiciones religiosas judeo-cristianas: la familia heterosexual y monogámica; sin embargo, lograda la secularización del Estado, así como la laicidad del gobierno, los patrones interpretativos de esa institución sujeta a protección constitucional deben estar orientados por la tolerancia y la inclusión, propia de una sociedad moderna heterogénea y pluralista que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad y la democracia plural; más aún cuando la familia es una institución social que posee su propia dinámica de evolución y frente a la cual la función del Estado es reconocerle y otorgarle protección, tal como acertadamente prescribe el artículo 75 constitucional.

La mayoría sentenciadora, a mi modo de ver, para el tratamiento de un tema en plena evolución desde el punto de vista jurídico, social y ético, como lo es la diversidad sexual, debió situarse en el período de transición normativa y cultural que implica el fin supremo de refundar la República en los términos ordenados en la Carta Magna de 1999, y ha debido extraer el núcleo central del derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad para evitar discriminaciones y asegurar una vida digna a las personas con orientación sexual diversa, dejando claro que el ejercicio de un comportamiento sexual diverso no puede ser irracional, desproporcionado y escandaloso, por parte de quienes optan esa condición, sino que debe observar las exigencias mínimas de respeto a los derechos de terceros.

También resulta impropio, en opinión de quien disiente, que para reconocer los efectos de las uniones de personas de un mismo sexo se remita -como lo hace la sentencia- al régimen jurídico de la sociedad civil o de la comunidad "...en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público..." (p. 27), pues estos regímenes no parten de la institución social familiar. También en este punto lamentablemente, la mayoría sentenciadora desconoce la tendencia actual de la legislación comparada, pues numerosos países tienen tipificados en sus ordenamientos acuerdos legales que benefician a las parejas homosexuales con grados de compromisos y derechos diversos, entre los que se destacan los Pactos de Asociación Civil (PAC) en Francia; las Uniones Civiles de Denver (USA); los Contratos Estatutarios de Cohabitación en Bélgica; el Reconocimiento de Uniones en Dinamarca; la Ley de Registro Nacional en Alemania; y la Ley de Uniones en Suecia.

Hubiese sido mucho más enriquecedor para el debate constitucional si la disidente se hubiese dedicado a plantear las implicaciones éticas del reconocimiento de parejas del mismo sexo (que la sentencia ni prohíbe ni condena); planteamientos que exigen respuestas jurídicas para colmar los vacíos legislativos, tales como son: los aspectos relativos al régimen patrimonial de bienes ante la disolución de la pareja por separación o muerte; las obligaciones legales de socorro mutuo; la tutela o procuraduría del compañero o compañera permanente en caso de interdicción legal; el derecho a la constitución de hogar; los beneficios de la seguridad social como pareja; la prohibición de declarar en contra del compañero o compañera permanente; la prohibición constitucional de ocupar cargos públicos por afinidad o consanguinidad; la posibilidad de adquirir la nacionalidad de la pareja; el derecho de adopción; y la protección contra la violencia intrafamiliar; los derechos sucesorales de pareja, las visitas íntimas penitenciarias y, en fin, todos los demás derechos sociales y económicos reconocidos a los integrantes de una familia.

En fin, este voto disidente responde a una exigencia ética y pedagógica, cual es la de develar los temas prohibidos de la sociedad civil que empañan el desarrollo del proyecto constitucional libertario, pluralista y sobre todo incluyente, y de reconocimiento progresivo de los derechos humanos propuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que la Sala Constitucional tiene el deber de impulsar.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada disidente.

B. *Derecho a la salud y su protección*

TSJ-SPA (0151)

13-2-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Astrazeneca Venezuela S.A. vs. Ministerio de Salud y Desarrollo Social, ahora Ministerio del Poder Popular para la Salud.

Siendo la salud un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, regulaciones como las establecidas en el Tratado G3 y Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, y las cuales se dirigen a establecer limitaciones para el expendio de medicamentos, deben orientarse a la satisfacción de los intereses colectivos, lo cual puede incluso ameritar el sacrificio de intereses económicos concretos en aras de hacer prevalecer una necesidad colectiva primordial, esto es, la dotación a la población de medicamentos genéricos a unos precios más accesibles.

Asimismo, se aprecia que la aplicación simultánea de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y del Tratado G3, obedeció al hecho de que la regulación que contemplan sobre la materia ambos textos legales, admite una interpretación armónica de sus disposiciones, toda vez que lo previsto en los aludidos cuerpos normativos en modo alguno se contradice.

En efecto, el artículo 18-22 del Tratado G3, dispone en lo concerniente a la protección de datos de bienes farmoquímicos o agroquímicos, lo siguiente:

1. Si como condición para aprobar la comercialización de bienes farmoquímicos o de productos agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, una Parte exige la presentación de datos sobre experimentos o de otro tipo que no se hayan publicado y que sean necesarios para determinar su seguridad y eficacia, esa Parte protegerá los datos referidos siempre que su generación implique un esfuerzo considerable, salvo cuando la publicación de esos datos sea necesario para proteger al público, o cuando se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.

2. Cada Parte dispondrá, respecto de los datos mencionados en el párrafo 1 que le sean presentados después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, que ninguna persona distinta a la que los haya presentado pueda, sin autorización de esta última, contar con esos datos en apoyo a su solicitud para la aprobación de un bien durante un período razonable después de su presentación. Para este fin por período razonable se entenderá normalmente un lapso no menor de cinco años contados a partir de la fecha en que la Parte haya concedido a la persona que produjo los datos, la aprobación para poner en el mercado su bien, tomando en cuenta la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos de la persona para generarlos. Sujeto a esta disposición nada impedirá que una parte lleve a cabo procedimientos sumarios de aprobación para esos bienes sobre la base de estudios bioequivalencia o biodisponibilidad.”. (Resaltado de la Sala).

Por su parte el artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, dispuso en lo atinente a dicho aspecto, lo siguiente:

“Los Países Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además los Países Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sean necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal.

Los Países Miembros podrán tomar las medidas para garantizar la protección consagrada en este artículo”.

Como puede apreciarse, ambas disposiciones contienen regulaciones muy similares en lo que concierne al plazo de protección, siendo la única diferencia la referente al hecho de que en el Tratado G3, se deja a cargo de los Estados miembros la adopción de la regulación a que haya lugar, señalándose al mismo tiempo lo que ha de entenderse por plazo razonable; mientras que en la Decisión 486 directamente se regula la materia y en ningún caso se contempla o define cuantitativamente un plazo mínimo de protección.

Por lo tanto, la primera de las disposiciones, esto es, la referida al Tratado G3, tiene carácter programático; mientras que la segunda, es decir la contenida en la mencionada Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, fija directrices a los Estados miembros, pero en ningún caso condiciona o preestablece la fijación de un lapso determinado de protección.

Lo anterior se justifica si tomamos en cuenta que siendo la salud un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, regulaciones como las descritas en las líneas que anteceden y las cuales se dirigen a establecer limitaciones para el expendio de medicamentos, deben orientarse a la satisfacción de los intereses colectivos, lo cual como se explicará más adelante, puede incluso ameritar el sacrificio de intereses económicos concretos en aras de hacer prevalecer una necesidad colectiva primordial, esto es, la dotación a la población de medicamentos genéricos a unos precios más accesibles.

Por tal motivo, resulta incompatible con ese fin primordial del Estado supeditar el expendio de productos genéricos a un plazo preestablecido y expresamente reglado, ya que ello podría traducirse en graves violaciones al derecho constitucional a la salud, que en modo alguno pueden ser amparadas por este órgano jurisdiccional.

De ahí que, considera la Sala que una interpretación acorde con los postulados del Estado Social de Derecho conduce a entender que el carácter programático que debe atribuirse a la norma contemplada en el Tratado G3, debe armonizarse con la disposición contenida en la Decisión 486 cuando se define al plazo razonable de protección como “...normalmente un lapso no menor de cinco años...”, en el sentido de sostener que existe por parte de los Estado miembros la potestad discrecional de ponderar, atendiendo a las necesidades colectivas, si siempre o sólo en determinadas ocasiones, deben respetarse los cinco años que “...normalmente...” se conceden como período de protección a los laboratorios que introducen sustancias novedosas al mercado.

De forma que, lo expuesto se traduce en la potestad del Estado de expedir las autorizaciones en referencia cuando razones de orden público lo aconsejen, no pudiendo invocarse como limitación a dicha potestad la existencia de un lapso reglado de protección, al cual se le atribuya carácter inquebrantable.

Por el contrario, considera la Sala que quien pretenda impugnar el ejercicio de la potestad discrecional así entendida, deberá en todo caso cumplir con la carga de demostrar que en su supuesto particular no se verificaban las condiciones especiales que justificaban una reducción del aludido plazo y por consiguiente, el Estado habría afectado injustificadamente los intereses económicos de un determinado grupo o persona. No obstante, de no verificarse lo anterior, en modo alguno podría cuestionarse, a juicio de este órgano jurisdiccional, la autorización del medicamento genérico, cuyo costo menos elevado permite que un mayor número de la población tenga mejor acceso al progreso científico, toda vez que ello conllevaría a legitimar una violación al derecho humano de la salud.

Establecido lo anterior, debe igualmente precisarse que en el caso concreto de la República Bolivariana de Venezuela si bien es cierto que el aludido Tratado fue incorporado al derecho interno a través de la promulgación de la respectiva Ley Aprobatoria, publicada el 29 de diciembre de 1994 en la *Gaceta Oficial* N° 4.833, Extraordinario, así como también se pudo constatar que el Ejecutivo no formuló reserva ni realizó denuncias en torno a la disposición analizada, no deja de ser menos cierto que el Estado en ningún momento dictó los cuerpos normativos destinados a regular las condiciones y plazos de protección aplicables en el territorio nacional.

Por lo tanto, tratándose de una norma programática que otorgaba a cada Estado miembro un cierto margen de discrecionalidad para fijar plazos de protección en la materia y cuya única limitante consistía en entender que “normalmente” la expresión “plazo razonable” aludía a un período no menor de cinco años y visto igualmente, que la República Bolivariana de Venezuela, nunca procedió a regular dicha materia, debe concluirse que en nuestro país no existía un plazo preestablecido que debiese respetarse para la aprobación de sustancias cuyo principio activo es el mismo de aquellas consideradas novedosas.

En efecto, se desprende del artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, que el Estado debe garantizar y resguardar la confidencialidad de la información no sólo en relación a las conductas identificadas en el artículo 262 *eiusdem* como situaciones que configurarían usos comerciales desleales y las cuales involucran en la generalidad de los supuestos la obtención ilícita de la información o una relación contractual o laboral que haya permitido el acceso a los datos divulgados; sino que adicionalmente la redacción de la primera de las mencionadas normas es clara cuando dispone que “...[a]demás los Países Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sean necesarios para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal...”. (Resaltado de la Sala)

De manera que, en principio y conforme a lo dispuesto en el artículo 266 *eiusdem* debe protegerse al poseedor de los datos respecto a “...toda divulgación...”, sin importar si ésta da lugar o no a un uso comercial desleal.

Ahora bien, en cuanto al lapso por el cual deberá protegerse dicha información, advierte la Sala que a diferencia de lo que ocurría en el régimen previsto en la Decisión 344 de la Comisión Andina de Naciones, la Decisión 486 aplicable *ratione temporis* a la controversia, dispuso en el artículo 263 que dicha protección perduraría “...mientras existan las condiciones establecidas en el artículo 260...”.

Asimismo, se aprecia que tales condiciones, de acuerdo a lo consagrado en la señalada norma (artículo 260), se refieren a las siguientes:

“Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad

productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerlas secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios...”.

De lo expuesto se colige que tales condiciones se concretan a que la información siga siendo secreta, goce de un valor comercial derivado de ese hecho y que su poseedor legítimo haya adoptado las medidas necesarias para preservar el señalado carácter confidencial.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de las citadas condiciones, advierte la Sala que a pesar de que no consta en autos que se observaron dichos extremos, no obstante, debe igualmente precisarse que aun cuando ello hubiese sido acreditado, sólo una interpretación en extremo literal de las aludidas disposiciones permitiría afirmar que se trata de un lapso indefinido e indeterminable.

En efecto, en estricto apego a la letra de la norma en referencia, se aprecia que las condiciones en ella enunciadas fundamentalmente se refieren al hecho de que la información objeto de la protección conserve su carácter secreto, tenga un valor comercial derivado de ese rasgo confidencial y que a su vez haya sido objeto de las medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para preservar el aludido carácter confidencial.

De forma que se trataría de situaciones que en abstracto podrían prolongarse indefinidamente y ello lógicamente desnaturalizaría el fin de la protección que pretende brindarse a tales laboratorios y al mismo tiempo podría propiciar la creación de monopolios en materias de tanta trascendencia como lo sería la comercialización de los medicamentos.

Por consiguiente, una interpretación literal de las normas referidas a la duración de la protección que debe brindarse en estos supuestos a los laboratorios, además de los inconvenientes arriba identificados, vulneraría los postulados propios del Estado Social de Derecho y de Justicia y de acuerdo al cual el Estado deja de ser un sujeto pasivo en las relaciones sociales, para comprometerse activamente en ellas, asumiendo obligaciones en materia de educación, salud, deporte, vivienda y seguridad social, entre otros aspectos igualmente relevantes, con lo cual todas las normas constitucionales, sustanciales y formales que hacen posible la efectividad del sistema, forman un todo organizado y orientado en función de la solidaridad y de la dignidad humana.

Tal obligación se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé lo siguiente:

“La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida.

El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de

conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Asimismo, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 del 10 de diciembre de 1948, conforme al cual:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”(Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse de la anterior disposición, en la referida declaración se consagra como parte integrante de los derechos humanos el que tiene toda persona de participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, situación que ha conllevado a que un sector respetable de la doctrina, cuestione la calificación de propiedad intelectual e industrial que suele atribuirse al creador o autor de una invención, por considerar que esta categoría de derechos se encuentra ligada más a los derechos culturales que a la propiedad como tal, ya que los conocimientos pertenecerían a la humanidad y por consiguiente tienen que ser compartidos sin restricciones.

Así, suele argumentarse que al consagrarse en el artículo 27 del aludido cuerpo normativo la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas, se estaría vinculando el derecho que de ello resulte a lo contemplado en los artículos 25 y 26 *eiusdem* en lugar del derecho de propiedad.

De ahí que, a juicio de la Sala y aun cuando deba reconocerse y garantizarse la protección bajo análisis brindada respecto a la información suministrada por las empresas que introducen nuevas sustancias farmacológicas en el mercado, ello no obsta para que en ocasiones el Estado pueda adoptar medidas limitadoras de tal protección.

Refuerza lo expuesto la circunstancia de que adicionalmente al carácter programático del artículo 18-22 del Tratado G3, éste expresamente define como plazo razonable de protección un lapso que “normalmente” no será menor de 5 años, con lo cual se infiere que en ocasiones el Estado puede autorizar el expendio de medicamentos genéricos antes de transcurrir el mencionado período.

(...)

4. *Derechos Laborales*

A. *Protección Estatal al trabajo*

TSJ-SC (430)

14-3-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Rafael Valentino Maestri y María Peirano. Revisión de Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

El principio de primacía de la realidad frente la forma y apariencia de los contratos, ha pasado a ser parte expresa del ordenamiento jurídico debido a lo frecuente que se ha hecho en el pasado disfrazar los contratos de trabajos escritos, para que

parezcan no laborales y, de esta manera, eludir las obligaciones que le impone al patrono la legislación laboral. Por lo expuesto, es inaceptable que se pervierta este principio claramente protector de los trabajadores para, en aras de una pretendida objetividad técnica o axiológica, favorecer al patrono.

Vista la declaratoria anterior, resultaría inoficioso un pronunciamiento acerca de las demás denuncias señaladas. Sin embargo, no deja de inquietar a esta Sala Constitucional, la errónea interpretación y aplicación del artículo 89, cardinal 1 de la Constitución. En efecto, el reconocimiento constitucional del principio de la realidad (“En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas y apariencias”); no puede ser descontextualizado del texto fundamental y de la normativa laboral sustancial y adjetiva. En tal sentido debe señalarse, que el encabezamiento del artículo 89 aclara que los principios enumerados en dicha disposición, tienen como objetivos la protección del trabajo como hecho social y el mejoramiento de las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. De tal manera, que es para el cumplimiento de esta obligación de Estado que se establecen dichos principios. En consonancia con estos dispositivos constitucionales, el artículo 60, letra c de la Ley Orgánica del Trabajo incluye, como fuentes del derecho laboral, los principios que inspiran la legislación del trabajo; y entre ellos se encuentra expresamente (artículo 8, letra c del Reglamento de la Ley), la “Primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídica laboral”. Estos principios deben enmarcarse, en cuanto a su interpretación y aplicación, en los artículos 1° y 2° de la Ley Orgánica del Trabajo, que a la letra dicen:

Artículo 1°: “Esta Ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social”.

Artículo 2°: “El Estado protegerá y enaltecerá el trabajo, amparará la dignidad de la persona humana del trabajador y dictará normas para el mejor cumplimiento de su función como factor de desarrollo, bajo la inspiración de la justicia social y de la equidad.

En consecuencia, el principio de primacía de la realidad frente la forma y apariencia de los contratos, ha pasado a ser parte expresa del ordenamiento jurídico debido a lo frecuente que se ha hecho en el pasado disfrazar los contratos de trabajos escritos, para que parezcan no laborales y, de esta manera, eludir las obligaciones que le impone al patrono la legislación laboral. Por lo expuesto, es inaceptable que se pervierta este principio claramente protector de los trabajadores para, en aras de una pretendida objetividad técnica o axiológica, favorecer al patrono. Así finalmente se declara.

TSJ-SPA (0041)

16-1-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Servicios Avenza S.A. (SERVIVENSA) vs. Ministerio del Trabajo

A partir del principio de primacía de la realidad sobre las formas que impera en el Derecho Laboral -sea éste material o procesal- establecido en el artículo 89 constitucional, se persigue la protección del trabajador frente a la potencial posibilidad de eludir la responsabilidad del patrono a través de la constitución de diversas estructuras societarias. La Sala analiza la figura de la unidad económica.

Precisado lo anterior, se observa que el representante judicial de la recurrente, alegó que en el desarrollo del procedimiento administrativo se llevaron a cabo las adhesiones de

distintos trabajadores que requirieron la comparecencia de diferentes empresas distintas a su representada, lo cual le causó estado de indefensión, ya que en el acto recurrido se le impuso la obligación de restablecer a todos los trabajadores a sus lugares de trabajo, incluyendo a los adherentes posteriores que alegaron su despido por parte de otras empresas diferentes a su representada.

Ahora bien, tal como se desprende del acto recurrido así como de las actuaciones contenidas en el expediente administrativo, en fecha 26 de octubre de 1999, los ciudadanos Romer José Fernández, y otros, en su condición de trabajadores, comparecieron por ante la Inspectoría del Trabajo en la Guaira, Estado Vargas, a fin de denunciar que un gran número de trabajadores habían sido despedidos injustificadamente por la empresa MASA y las empresas filiales de AEROVÍAS AVENSA S.A. (AVENSA). (Folio 1 de la primera pieza del expediente administrativo).

Posteriormente, cuarenta y cinco (45) trabajadores más, en su carácter de trabajadores de las empresas AVENSA, SERVIVENSA, y sus empresas filiales, se adhirieron a la solicitud inicial, alegando que las mencionadas empresas constituían una “unidad económica y laboral”, ya que en su mayoría tenían un mismo Presidente y desde que iniciaron su relación laboral han trabajado en el mismo sitio y portan carnets de AVENSA, consignado las pruebas al respecto. (Folios 3 y siguientes de la primera pieza).

En virtud de ello, en fecha 3 de noviembre de 2000, se ordenó notificar a los representantes legales de las empresas SERVICIOS AVENSA S.A., AEROVÍAS AVENSA S.A., MANTENIMIENTOS DE AVIONES LAM, S.A., MANTENIMIENTO DE AVIONES S.M.L., S.A., TALLERES DIVERSOS TADISA S.A., SERVICIOS AERONÁUTICOS TECH S.A., MANTENIMIENTO DE AVIONES ARI S.A. y MANTENIMIENTO DE AVIONES MASA S.A.; en fecha 30 de noviembre de 2000, se ordenó la notificación de los representantes de la empresas MANTENIMIENTO DE AVIONES HYD S.A., MANTENIMIENTO DE AVIONES CONT S.A. y MANTENIMIENTO DE AVIONES HIDA S.A., y el 19 de septiembre de 2001, se ordenó la notificación de cincuenta y dos (52) empresas filiales de AVENSA, para que comparecieran ante la Inspectoría del Trabajo, a fin de dar contestación a la denuncia de despido masivo.

Con posterioridad a la comparecencia de algunas de las referidas empresas y declarar abierto los lapsos probatorios con respecto a las diferentes empresas, la Ministra del Trabajo en la oportunidad de decidir, entró a revisar si en el presente caso, entre las empresas AEROVÍAS AVENSA S.A. (AVENSA), SERVICIOS AVENSA S.A. (SERVIVENSA) y sus empresas filiales, se configuraba una “unidad económica o grupo de empresas”, circunstancia que analizó, en virtud de haber sido alegada por los trabajadores y para verificar si se encontraba dentro del supuesto de hecho del artículo 34 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así, luego de analizar el particular antes señalado, estudiando las actas que conforman el expediente administrativo, en el acto recurrido la Administración concluyó que existía una unidad económica integrada por las empresas AVENSA y SERVIVENSA y sus empresas filiales, lo que permitió que la decisión concerniente a la suspensión del despido masivo y la orden del restablecimiento de los trabajadores al lugar de labores, abarcara a las empresas antes mencionadas, que serían solidariamente responsables en virtud de lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Por otra parte, la recurrente alegó que la Ministra del Trabajo usurpó las funciones de otra rama del Poder Público, como lo es del Poder Judicial, al decidir sobre una materia ajena a su competencia, por ser evidente que la decisión emitida por ella, al establecer la existencia de una “unidad económica o grupo de empresas”, es de carácter contencioso, que por sus

características de ser litigiosa y contradictoria, debe ser conocida y resuelta por un juez laboral competente. Añade que esta funcionaria actuó fuera del ámbito de la conciliación y el arbitraje; y señala que escapa de su competencia pronunciarse acerca de la existencia de una “*unidad económica o grupo de empresas*”, ya que constituye una materia ajena a los despidos masivos, conforme a la normativa legal y reglamentaria que rigen la suspensión de los mismos.

Ahora bien, establece el artículo 655 de la Ley Orgánica del Trabajo:

“Los asuntos contenciosos del trabajo cuyo conocimiento, sustanciación y decisión no hayan sido atribuidos por esta Ley a la conciliación o al arbitraje o a las Inspectorías del Trabajo continuarán su tramitación en los Tribunales del Trabajo o Juzgados de Estabilidad Laboral previstos en esta Ley....”

Asimismo, se observa que de conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 34 *eiusdem*, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 63 al 68 de su Reglamento, corresponde a la Administración Pública conocer de todos aquellos casos en los cuales los trabajadores denuncien la existencia de un despido masivo. En tal sentido, la legislación laboral ha dispuesto un procedimiento especial, que a instancia de parte y aun de oficio permite al Ministro o Ministra del Trabajo suspender los efectos del despido masivo, en cuyo caso ordenará la reinstalación o reenganche de los trabajadores afectados.

Sobre este particular dispone la Ley Orgánica del Trabajo, lo siguiente:

“Artículo 32.- Nadie podrá impedir el trabajo a los demás ni obligarlos a trabajar contra su voluntad.

Parágrafo único.- Solamente cuando se vulneraren los derechos de terceros o se ofendan los de la sociedad, podrá impedirse el trabajo mediante resolución de la autoridad competente dictada conforme a la Ley.

Artículo 33.- De conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el Ministro del ramo, mediante resolución motivada, podrá impedir: (...) *Omissis* (...)

e) El despido masivo de trabajadores, de conformidad con el artículo siguiente.

Artículo 34.- El despido se considerará masivo cuando afecte a un número igual o mayor al diez por ciento (10%) de los trabajadores de una empresa que tenga más de cien (100) trabajadores, o al veinte por ciento (20%) de una empresa que tenga más de cincuenta (50) trabajadores, o a diez (10) trabajadores de la que tenga menos de cincuenta (50) dentro de un lapso de tres (3) meses, o aun mayor si las circunstancias le dieran carácter crítico. Cuando se realice un despido masivo, el Ministerio del ramo podrá, por razones de interés social, suspenderlo mediante resolución especial. El patrono podrá ocurrir al procedimiento pautado en el Capítulo III del Título VII de esta Ley...(omissis)....”

Cabe indicar que la Ley Orgánica del Trabajo, reconoce la existencia de grupos económicos, con base en el criterio de unidad económica. En efecto, el artículo 177 de dicha ley, reza:

“Artículo 177. La determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada”.

Por su parte, el reglamento de la referida ley, de una forma más precisa que ésta, centrado también en el concepto de unidad económica, regula la situación de los grupos de empresas en los términos que siguen:

“Artículo 21. Grupos de Empresas: Los patronos que integren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Parágrafo Primero: se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;
- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración.”

Así, de la transcripción de las normas anteriores, se observa que el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 21, prevé diversos supuestos de presunción que permiten inferir la existencia de un grupo de empresas sin necesidad de determinar al controlante, por ejemplo, cuando varias personas jurídicas utilizan una misma denominación social (añadiendo o suprimiendo una palabra que, formalmente, la distinga como otra persona jurídica), o cuando existiere una situación de dominio accionario de una sociedad sobre otra y los órganos de dirección de cada una de ellas estuvieren conformados -en una proporción significativa- por las mismas personas.

Por otra parte, cabe destacar que la Sala Constitucional, ha reconocido en sentencias N° 183 del 8 de febrero de 2002, caso: “*Plásticos Ecoplast, C.A.*” y 3.297 del 1 de diciembre de 2003, caso: “*Servicauchos Grumento, S.A.*”, que a partir del principio de primacía de la realidad sobre las formas que impera en el Derecho Laboral -sea éste material o procesal- establecido en el artículo 89 constitucional, se persigue la protección del trabajador frente a la potencial posibilidad de eludir la responsabilidad del patrono a través de la constitución de diversas estructuras societarias. En tal sentido, se tiene que la obligación que surge de un grupo económico es indivisible y en virtud del marcado orden público que reviste la materia laboral se requiere, desde una perspectiva intraprocesal, que se demuestre a través de los medios probatorios (documentales), los elementos legalmente previstos para asegurar su existencia y en consecuencia, hacer efectiva su responsabilidad ante el trabajador.

Así, la figura de grupo de empresas conlleva a la presunción, salvo prueba en contrario, de la unidad económica y en consecuencia, de la responsabilidad solidaria de la empresa. Es por ello, que en el presente caso no se deriva una situación de indefensión frente a la empresa recurrente, ya que ésta, durante el procedimiento administrativo, tuvo la oportunidad para desvirtuar el alegato de los trabajadores referido a la unidad económica existente entre las referidas empresas, lo cual no hizo.

Ahora bien, estima la Sala que para la determinación del despido masivo conforme a las normas antes precitadas, el Ministerio del Trabajo, en uso de su competencia, está en el deber

de entrar a verificar -en casos como el presente, donde se denuncia la existencia de una unidad o grupo económico-, si tal situación se configuró entre las empresas denunciadas, sin que exista impedimento para ello, ya que estaría actuando de conformidad con el principio constitucional consagrado en la parte in fine del numeral 1 del artículo 89 de nuestra Carta Magna que dispone: “En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias”, protegiendo así al débil jurídico, que serían los trabajadores.

En efecto, en el acto administrativo, una vez determinada la existencia de una unidad económica por las empresas denunciadas con fundamento en las pruebas, y la ocurrencia de los despidos, se verificó si los mismos representaban el porcentaje suficiente para considerarlo masivo, con respecto al universo de trabajadores que prestaban servicios para AVENSA y SERVIVENSA y sus filiales. Al respecto, se señaló que: “... en cuanto al universo de trabajadores que prestaban servicios para AVENSA y SERVIVENSA y sus empresas filiales, según listado enviado por estas (sic) a la Asamblea Nacional en fecha 23 de Enero de 2.002, el cual riela a los folios 1.161 al 1.188 pieza 5 del expediente, permite apreciar a este Despacho que para las mencionada (sic) empresas laboraban un universo de mil trescientos treinta y un (1.1331) trabajadores; y examinadas cuidadosamente las actas del presente expediente se pudo constatar que, aunque el número de denunciantes alcanza la cifra de 415, sin embargo, luego de excluir los nombres que se encuentran repetidos en diversas actas, se observa que el número correcto de denunciantes despedidos asciende a trescientos cuarenta y uno, lo que representa un total de veinticinco como sesenta y uno por ciento (25,61%) de trabajadores despedidos, y así se establece”.

Igualmente, a juicio de esta Sala no se configura el vicio de incompetencia alegado ya que para declarar la suspensión del despido masivo que corresponde legalmente al Ministerio del Trabajo, resultaba necesaria la determinación de la existencia de la unidad económica entre las empresas denunciadas, hecho que entró a conocer el órgano laboral, en virtud del citado principio constitucional. Así se decide.

B. *Derecho al salario: Salario básico*

TSJ-SC (5)

23-1-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: CVG, Industria Venezolana de Aluminio, C.A. (VENALUM) vs. Decisión Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar con sede en Puerto Ordaz.

Los aumentos que reciben los trabajadores activos como resultado de la evaluación por el desempeño efectivo de sus actividades dentro de la empresa, por su propia naturaleza, no pueden considerarse como parte del salario básico. Así mismo, la aplicación de evaluaciones por desempeño implica en consecuencia el ejercicio activo del cargo, lo cual no puede ser extensivo a los trabajadores jubilados.

En lo esencial, de los términos en que ha quedado planteada la presente controversia, estima la Sala que el asunto medular a dilucidar consiste en determinar si la sentencia accionada cambió, amplió o modificó el dispositivo de la decisión definitivamente firme dictada el 8 de agosto de 2005, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar con sede en Puerto Ordaz, que declaró con lugar la acción de amparo interpuesta por la representación judicial de la Asociación de Jubilados y Pensionados de la empresa CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A., (VENALUM).

En ese sentido, se observa que del dispositivo de la referida decisión del 8 de agosto de 2005, el mandamiento de amparo quedó expuesto en los siguientes términos:

“...Se declara CON LUGAR el recurso de amparo constitucional intentado y en consecuencia, de conformidad con los criterios presentados en la parte motivaciones para decidir ordena el restablecimiento de igualdad que debe tener la empresa CVG VENALUM, C.A. hacia todos sus jubilados y/o pensionados, contado a partir de la interposición del presente recurso de amparo hasta la fecha en que se hagan los ajustes y desde este momento hacia adelante, siempre deberá ajustar las jubilaciones y/o pensiones a los aumentos que reciban los trabajadores activos de CVG VENALUM, C.A. producto de las contrataciones colectivas cuya proporcionalidad constituye una obligación legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

Indudablemente que para procurar el ajuste de las pensiones de los jubilados y/o pensionados se aplicará no el mínimo del cargo, sino lo correspondiente entre el aumento a cada uno de los trabajadores activos en el grado alcanzado por cada jubilado cuando le fue concedida la jubilación y el monto cancelado a los trabajadores activos en el nivel salarial actual del cargo...”.

Asimismo, la Sala evidencia que el fallo accionado concluyó que:

“...la empresa accionada ha cumplido, pero parcialmente con la sentencia dictada por este Juzgado Superior en fecha 08/08/2005, pues si bien ha procedido al ajuste de las pensiones y jubilaciones de los quejosos en base a los aumentos que reciben los trabajadores activos de la misma producto de las contrataciones colectivas de trabajo, no incluyó en el ‘salario básico promedio’ que empleó para el cálculo de tales ajustes, lo correspondiente a la evaluación por desempeño generada por los trabajadores activos de la agraviada con cargos homólogos a los de los pensionados y jubilados, por lo que en lo sucesivo deberá la empresa C.V.G. VENEZOLANA DE ALUMINIO, C.A. (VENALUM), proceder a realizar los ajustes de las jubilaciones y/o pensiones de los agraviados, en la forma prevista en la mencionada decisión de fecha 08/08/2005, debiendo incluir en el ‘salario básico promedio’ empleado al efecto, lo correspondiente a la evaluación por desempeño de aquellos trabajadores activos que tengan derecho a ella y cuyos cargos son homólogos con los de los quejosos...”.

Se plantea entonces la necesidad de precisar si el mandamiento de amparo conferido mediante la decisión del 8 de agosto de 2005, comprendía la orden de incluir en el salario básico promedio que emplearía la empresa como base de cálculo para la realización de los ajustes de las homologaciones de los pensionados o jubilados al de los trabajadores activos, lo correspondiente a los aumentos por las evaluaciones por desempeño de estos últimos.

Sobre este particular, considera la Sala que los aumentos que reciben los trabajadores activos como resultado de la evaluación por el desempeño efectivo de sus actividades dentro de la empresa, por su propia naturaleza, no pueden considerarse, tal como erróneamente lo sostuvo el a quo, como parte del salario básico, ya que dicho concepto de salario se refiere es al “salario fijo previsto para el cargo o la función realizada por el trabajador, referido a una jornada de trabajo, sin ninguna adición...” (vid. sentencia de la Sala de Casación Social N° 106, del 10 de mayo de 2000, caso: “*Gaseosas Orientales, S.A.*”). (Subrayado de la Sala).

Aunado a lo anterior, es necesario precisar que dicha evaluación de desempeño tiene un carácter eminentemente personal (*intuitu personae*) que sólo es posible aplicar a los trabajadores activos con el propósito de determinar, en cada caso, las condiciones de eficiencia, es decir, la cantidad y la calidad del servicio prestado, así como precisar, cómo ha cumplido el trabajador los objetivos de la etapa, las responsabilidades y funciones del puesto

de trabajo, contribuyendo a satisfacer las necesidades de la empresa. La aplicación de evaluaciones por desempeño implica en consecuencia el ejercicio activo del cargo, lo cual no puede ser extensivo a los trabajadores jubilados, toda vez que éstos (aun cuando resulte en perogrullo señalarlo) han perdido dicha condición, por lo que tales beneficios no pueden ser incluidos en la base de cálculo para la realización de los ajustes de las jubilaciones o pensiones de los terceros interesados en la presente acción, máxime si se toma en cuenta que dichos ajustes, de acuerdo a la Convención Colectiva de la referida empresa, deben hacerse tomando como base el “salario básico promedio del homologado activo”.

Conforme a lo expuesto, esta Sala Constitucional estima que el fallo accionado alteró el contenido de la sentencia definitivamente firme de amparo constitucional dictada el 8 de agosto de 2005, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar con sede en Puerto Ordaz, en razón de lo cual se violó el derecho a la tutela judicial efectiva de la accionante en lo que respecta al derecho a la invariabilidad de las sentencias. Así se declara.

En virtud de lo anterior, esta Sala declara con lugar la presente acción de amparo constitucional y, en consecuencia, se anula la sentencia accionada. Así se decide.

TSJ-SCS ACC. (0244)

6-3-2008

Magistrado Ponente: Juan Rafael Perdomo

Caso: Norka Cecilia Arellano De Angelico vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE).

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia analiza la Doctrina existente en relación a los conceptos o elementos excluidos de la noción de salario.

Ahora bien, nos resta entonces resolver sobre la procedencia o no del derecho reclamado.

En primer lugar, aduce la parte actora, que a partir del año 1997 con motivo de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, la empresa demandada implementó un mecanismo de contratación para el personal ejecutivo de la empresa, el cual se formalizó mediante la suscripción de un contrato individual de trabajo, donde, a decir de la actora, la empresa demandada “aprovechó para sustraerla del régimen de la contratación colectiva de trabajo, desmejorándole sus condiciones laborales”. Por consiguiente, demanda la aplicación de la contratación colectiva de trabajo, por ser éste, el régimen más favorable.

En contraposición a lo expuesto por la actora, la parte demandada negó y rechazó la aplicación de la Contratación Colectiva de Trabajo señalando que, en virtud de la migración de la trabajadora a la Ley Orgánica del Trabajo mediante la suscripción del contrato individual de trabajo, éste se constituyó en un régimen más favorable que el establecido en la Contratación Colectiva, por consiguiente, mal puede pretender la trabajadora que se le aplique dicha Convención Colectiva de Trabajo.

Ahora bien, se circunscribe el punto en cuestión en resolver si efectivamente la trabajadora se encontraba o no amparada por la Convención Colectiva de Trabajo al momento de la terminación de la relación de trabajo.

La sentencia N° 2.316 de 2007 al respecto consideró lo siguiente:

(...) observamos en el caso que nos ocupa, un punto muy controversial en el derecho del trabajo, el cual no es otro que el problema que encierra la aplicación del principio

denominado “de la norma más favorable” la cual forma parte del “*principio protector*”, al igual que las reglas de “*indubio pro operario*” y “*de la condición más beneficiosa*” con las que se complementan.

En este sentido, el supuesto típico de vigencia de la regla más favorable es el del conflicto, en el que dos normas vigentes y mutuamente incompatibles resultan aplicables a una sola situación y es necesario definir cuál de ellas la regirá, la regla actúa precisamente para dirimir en pro de la más beneficiosa al laborante, entendiéndose entonces que ambas no podrán aplicarse simultáneamente de acuerdo a lo que más o menos beneficie el trabajador.

Consecuente con lo anterior, observamos que en nuestro ordenamiento laboral dichas reglas existen como técnica de articulación normativa para determinar cuál es la norma aplicable en caso de colisión y conflicto entre normas.

Es así, que los artículos 59 de la Ley Orgánica del Trabajo y 6° de su Reglamento, señalan expresamente lo siguiente:

Artículo 59: En caso de conflicto de leyes prevalecerán las del Trabajo, sustantivas o de procedimientos. Si hubiere dudas en la aplicación de varias normas vigentes, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador. La norma adoptada deberá aplicarse en su integridad.

Artículo 6°: En caso de conflicto entre normas constitucionales, legales, reglamentarias y demás derivadas del Estado, regirán, junto con el principio de favor, los de jerarquía (regla de la norma mínima), especialidad y temporalidad. Cuando las normas en conflicto ostenten idéntica jerarquía, privará aquella que más favorezca al trabajador (regla de la norma más favorable), salvo que alguna revista carácter de orden público estricto, caso en el cual prevalecerá ésta (norma imperativa absoluta).

Si el conflicto se planteara entre normas contenidas en convenciones colectivas, contratos de trabajo, reglamentos internos, usos y costumbres y cualquiera otra de naturaleza análoga; así como entre estas y aquellas revestidas de orden público estricto, será aplicada la más favorable al trabajador (regla de la norma más favorable). (Acotaciones. Subrayados y negrillas de la Sala)

Pues bien, delimitado en nuestro ordenamiento las reglas aplicables como técnica de articulación normativa para determinar la más beneficiosa, nos resta analizar o determinar las condiciones o presupuestos que deben ocurrir para que el principio a favor sea aplicado (ya sea a través de la regla de la norma mínima o de la regla de la norma más favorable).

Es así, que el catedrático Pla Rodríguez, precisa algunas pautas que condicionan la aplicación del principio de favor, y que han sido una fuerte tendencia en la doctrina laboral, a saber:

a) La comparación debe efectuarse teniendo en cuenta el tenor de las dos normas. No puede, en cambio, comprender las consecuencias económicas lejanas que la regla puede engendrar.

b) La comparación de las dos normas debe tomar en consideración la situación de la colectividad obrera interesada y no la de un obrero tomado aisladamente.

c) La cuestión de saber si una norma es o no favorable a los trabajadores no depende de la apreciación subjetiva de los interesados. Ella debe ser resuelta objetivamente, en función de los motivos que han inspirado las normas.

d) La confrontación de dos normas debe ser hecha de una manera concreta, buscando si la regla inferior es, en el caso, más o menos favorable a los trabajadores.

e) Como la posibilidad de mejorar la condición de los trabajadores constituye una excepción al principio de intangibilidad de la regla imperativa, jerárquicamente superior, no puede admitirse la eficacia de una disposición inferior mientras que pueda dudarse de que sea efectivamente más favorable a los trabajadores.

Consecuente con lo anterior, en el caso que nos ocupa, el punto esencial se encuentra entonces en determinar cuál es la norma o cuáles son el cúmulo de normas aplicables al caso en concreto, si la contenida en la Ley Orgánica del Trabajo por haber migrado el trabajador mediante la suscripción del Contrato Individual de Trabajo o la de la Convención Colectiva de Trabajo vigente al momento de la terminación de la relación laboral.

En efecto, observa esta Sala que las disposiciones respecto al régimen de jubilación contenida en la Convención Colectiva de Trabajo 1994-1997 son en su conjunto superiores a las contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo a la que migró el trabajador. En este sentido, la doctrina ha dicho, que en el caso de que el convenio colectivo vaya más allá de la complementación o franca suplementación del ordenamiento legal, las alteraciones que introduzcan serán válidas si la resultante es, según el cotejo efectuado respecto de cada institución, más favorable, aun cuando algún aspecto de ese nuevo producto institucional sea dentro una percepción aislada menos beneficioso, doctrina denominada del equilibrio interno del convenio (Ojeda Aviles. Derecho Sindical).

Ahora bien, la determinación en que a una situación concreta debe aplicarse una norma con preferencia a otra, por ser aquella más ventajosa para el trabajador, no enerva la validez, ni afecta la vigencia de esta. En suma, no la deroga; tan solo señala que esta norma no se aplica a este caso concreto sino aquella, pero que conserva su vigencia y validez para cualesquiera otros casos en los que no colisiona con otras normas, o en su aplicación específica, puede resultar, a su vez, más favorable.

A modo de reflexión, esta Sala considera oportuno señalar que, la determinación de la norma más favorable debe hacerse casuísticamente y estar basada en la flexibilidad y en la equidad: flexibilidad para poder adoptar, en cada caso, el método más adecuado, lo que implica la posibilidad de que existan y coexistan varios; y equidad, para que la solución a la que se llegue por vía de su aplicación no resulte reñida con los derechos inalienables de los trabajadores, ni agravie los igualmente legítimos intereses de los empleadores.

En el caso concreto, la norma más favorable a ser aplicada es la Convención Colectiva de Trabajo, circunstancia que sin duda recobra mayor fuerza cuando de la revisión de las actas procesales, se constata el memorando emanado de la Dirección de Consultoría Jurídica Gerencia de Asuntos Litigiosos de fecha 10 de junio de 1999, en el cual la misma empresa demandada mediante disquisición realizada al efecto, contempla que: “En conclusión el personal migrado sí debería gozar en su totalidad de los beneficios de la Convención Colectiva, aunque no esté expresamente estipulado en el artículo 508 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los iguales beneficios debería disfrutar todo el personal que ingresó o labore fijo en la empresa o haya tenido 2 o más años de renovaciones en su contrato individual”, tal documental, no siendo atacada en forma alguna por la parte a quien se le opuso, constituyó plena prueba al respecto.

Establecido lo anterior, y admitida como fue por parte de la demandada, la relación laboral alegada por la actora, sólo resta por establecer cuáles de los pedimentos realizados por el accionante son procedentes conforme la aplicación de la Convención Colectiva del Trabajo que rigió las relaciones laborales entre las partes.

Pues bien, la actora alegó que el salario normal para el cálculo de las prestaciones sociales a tenor de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, debió estar constituido por el salario normal convenido en la cláusula primera de la Convención Colectiva, más los incrementos recibidos a la fecha del despido como fueron el subsidio por luz eléctrica, el auxilio de vivienda, la alícuota parte del bono vacacional y las utilidades correspondientes, incluyendo la prima ejecutiva.

Por consiguiente, y bajo el fundamento anteriormente señalado, expresó la actora que el salario normal sobre el cual debieron calcularse los conceptos laborales debidos es de Bs. 3.707.163,30 y no otro.

Por otro lado, la parte demandada negó que el subsidio de luz eléctrica forme parte del salario; negó que el salario de la trabajadora para el 5 de mayo de 1999, fecha ésta de culminación de la relación de trabajo, fuera de Bs. 3.707.163,30 pues el salario real era de Bs. 2.390.960,00. Asimismo, adujo la accionada en el escrito de contestación que el auxilio de vivienda y prima ejecutiva ya se habían unificado al salario del trabajador desde el mes de febrero de 1997, según Resolución de la Junta Directiva N° 036 de fecha 21 de febrero de 1997 la cual reza: “a) Ratificar la aprobación de un incremento de un 25% sobre el sueldo tabulador y la prima ejecutiva del personal ejecutivo de CADAFE y sus Filiales e integrarlos como parte de un salario único junto con los conceptos de: Prima por Razones de Servicio, Bono Ejecutivo, Asignación por Auxilio de Vivienda y los distintos incrementos salariales, recibidos como personal de base en contrataciones colectivas pasadas”.

Ahora bien, en cuanto al subsidio por luz eléctrica como elemento salarial, la Cláusula 30 de la Convención Colectiva de Trabajo, señala que: “*La empresa a tenor de lo dispuesto en el literal b) del Parágrafo único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, conviene en subsidiar el consumo eléctrico causado en la casa de habitación del trabajador...*”

Establece el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo abrogada invocada por la Cláusula en cuestión, lo siguiente: “*Parágrafo Único: no se considerarán formando parte del salario: (...) b) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio de la corriente...*”

Asimismo, Ley Orgánica del Trabajo vigente establece en el artículo 133 en su Parágrafo Tercero lo siguiente: “*...Los beneficios sociales no serán considerados como salario salvo que en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo, se hubiere estipulado lo contrario...*”

Consecuente con lo anterior, esta Sala de Casación Social, en sentencia N° 263 en relación con la definición de salario contenida en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, expresó lo siguiente:

Resulta oportuno reiterar el concepto de salario, del cual el legislador hizo un revisión a partir de la reforma de los artículos 133, 134, 138 y 146 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, recogido por esta Sala en la decisión de fecha 10 de mayo de 2000 (caso *Luis Rafael Scharbay Rodríguez contra Gaseosas Orientales, S.A.*), al siguiente tenor:

Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

(*Omissis*)

Con esta revisión el legislador patrio rectifica la falta de técnica en la cual incurrió en 1990, pues confundía a ciertas modalidades para el cálculo del salario (unidad de tiempo, unidad de obra, por pieza o a destajo) con percepciones de eminente naturaleza salarial, y además eliminó la frase “*para los efectos legales*” contenida en la versión modificada, definiendo así el concepto de salario para todos los efectos. Asimismo, cuando la reforma considera salario a toda remuneración, provecho o ventaja, cualquiera que sea su método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y establece además que los subsidios o facilidades de iniciativa patronal para la obtención de bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia, también constituyen salario, concibe a éste en términos amplísimos (con las únicas exclusiones previstas en la norma en su Parágrafo Tercero) y aplica el principio de la primacía de la realidad cuando identifica como tal, a toda remuneración provecho o ventaja percibida por la prestación del servicio, independientemente de la denominación que las partes puedan darle a la percepción, reiterando el contenido patrimonial del salario al precisar que éste debe ser, en todo caso, evaluable en efectivo”. (Subrayado de la presente decisión).

En este mismo sentido, estima el autor, Dr. Rafael Alfonso Guzmán que salario es:

... la remuneración del servicio del trabajador, integrado por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor estimado de los bienes en especie que éste se haya obligado a transferirle en propiedad o a consentir que use para su provecho personal y familiar. (Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo).

(*Omissis*)

Con relación al punto bajo análisis, el autor supra citado, expresa que “ninguna de las menciones legales comprendidas en el encabezamiento del actual artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, posee objetiva e indiscutiblemente, naturaleza salarial si se las desprende de la intención retributiva del trabajo con que ellas son practicadas. Tal intención se hallaba insita en los términos en que todas nuestras leyes anteriores definían el salario: Salario es la remuneración (o sea, retribución, pago o recompensa) correspondiente (que toca, que pertenece) al trabajador por el servicio prestado”.

(*Omissis*)

Por su parte la doctrina especializada en la materia, se ha pronunciado con relación a los conceptos o elementos excluidos de la noción de salario, en los términos siguientes:

(...) La nueva redacción -del Primer Parágrafo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo- no le da carácter salarial a aquellas prestaciones “necesarias para la ejecución del servicio o realización de la labor”, pues centra el concepto de salario en la “remuneración que corresponde al trabajador” y que constituye para él una remuneración, provecho o ventaja, concatenando estas expresiones con las empleadas al establecer los principios generales del salario (...), podemos afirmar que éste es un activo que se incorpora al patrimonio del trabajador, el cual le es pagado directamente (art. 148) y del cual tiene derecho a disponer (art. 131). Esta concepción del salario como remuneración patrimonial que se hace al trabajador con ocasión de la relación de trabajo, excede de la tradicional idea según la cual el contrato de trabajo se limita a establecer un intercambio de prestaciones: la ejecución del servicio a cargo del trabajador y el pago del salario a cargo del patrono. De este modo, el salario se reducía a ser un valor de intercambio que estaba constituido por aquello que el patrono pagaba al trabajador “a cambio de su labor”, con lo cual podían considerarse salario los pagos hechos al trabajador pero que no lo beneficiaban directamente.

En sintonía con lo anterior, esta Sala señala que el beneficio de subsidio por luz eléctrica estipulado en la Cláusula 30 de la Convención Colectiva de Trabajo tiene un carácter eminentemente social y que no se encuentra revestido del carácter salarial que pretende la accionante, puesto que el beneficiario, en modo alguno puede disponer por voluntad propia

de tal beneficio, característica esencial del salario, por lo que a los efectos de la presente acción, tal beneficio debe considerarse como de carácter social, sin carácter remunerativo y por lo tanto no debe ser admitido como tal, pues adolece de la intención retributiva del salario y así expresamente lo señala la Cláusula en comento cuando hace remisión al literal b) del Parágrafo Único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo abrogada. Así se decide.

Ahora bien, en lo que respecta al carácter salarial del denominado auxilio de vivienda contenido en la Cláusula 31 de la Convención Colectiva de Trabajo, así como la prima para el personal ejecutivo es menester señalar que la parte demandada logró demostrar que los mismos se encontraban incluidos dentro del incremento del 25% aprobado en fecha 07 de febrero de 1997 según Resolución N° 036. Por consiguiente, se declara improcedente dicho pedimento. Así se decide.

En relación con los aumentos acordados para el año 1998, quedó demostrado por el Decreto Presidencial N° 2.409 de 1998 artículo 3° que se ordenó la disminución del salario en un 10% al personal directivo, gerencial y de supervisión de las sociedades en las cuales la República o los institutos autónomos tengan una participación igual o mayor al 50%, razón por la cual, la demandada sí cumplió con los aumentos de salario acordados tomando en cuenta el Decreto Presidencial mencionado.

Con respecto a la alícuota correspondiente al bono vacacional y las utilidades se declara procedente, puesto que la Ley expresamente lo contempla como beneficios revestidos de carácter salarial, no habiendo demostrado la demandada que tales elementos fueron integrados al salario.

En este sentido, esta Sala señala que el salario sobre el cual deberá calcularse los conceptos debidos hasta el día 5 de mayo de 1999, fecha de culminación de la relación laboral estará integrado por el salario básico, más la cuota parte de utilidades, así como por la cuota parte del bono vacacional, cantidad que asciende a Bs. 3.387.193,30, monto éste que corresponde a un salario normal diario de Bs. 112.906,44. Así se decide.

La antigüedad desde el corte de cuenta (31 de diciembre de 1997) hasta la fecha de terminación de la relación laboral (5 de mayo de 1999) es igual a 80 días por el salario normal diario (Bs. 112.906,44) lo que da como resultado la cantidad de Bs. 9.032.515,20, menos Bs. 30.947.945,95 pagados en la liquidación identificada como Anexo 15, por lo que no debe nada la empresa por este concepto. Así se decide.

Ahora bien, consideración aparte merece el salario que servirá de base para el cálculo de la antigüedad del corte de cuenta al 31 de diciembre de 1997, pues el mismo estará integrado tanto por el salario básico a la fecha de Bs. 1.149.500,00, según se desprende de la planilla de liquidación, más el promedio de utilidades (100 días según Convención Colectiva), así como el promedio del bono vacacional (39 días según Convención Colectiva), cantidad que asciende a Bs. 1.479.182,98 mensuales, monto este que corresponde a un salario normal de Bs.49.306,10. Así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional

A. El Poder Ejecutivo: Fuerza Armada Nacional

TSJ-SPA (0061)

16-1-2008

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Carlos Rafael Alfonso Martínez vs. (Ministro de la Defensa) hoy Ministro del Poder Popular para la Defensa.

El Ministro de la Defensa es el órgano encargado de cumplir y hacer cumplir las órdenes del Presidente de la República, por lo que en ejecución de dichas órdenes será la más alta autoridad de las Fuerzas Armadas Nacionales en todo lo concerniente a su mando, gobierno, organización, instrucción y administración, constituyendo una de sus atribuciones legales la de ordenar la realización del Consejo de Investigación a los oficiales o sub-oficiales profesionales de carrera de las Fuerzas Armadas Nacionales que presuntamente hayan cometido infracciones -atribución que también puede ser ordenada por el Presidente de la República-.

1- Adujo la representación judicial del recurrente que el acto administrativo impugnado al estar suscrito por el Ministro de la Defensa fue dictado “...por una autoridad manifiestamente incompetente...”, ya que dicho acto debió haber sido firmado por el Presidente de la República y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Igual consideración hizo respecto del acto por el cual se procedió a iniciar el Consejo de Investigación contra su representado, señalando que éste debía emanar del Ministerio de la Defensa en cumplimiento de órdenes del Presidente de la República, lo cual - a su decir- no había sucedido en el presente caso. Por tal motivo indicó que “...tanto [el] Consejo de Investigación al que fue sometido [su] representado, como la **Resolución Número DG-21681** fueron dictadas y suscritas por una autoridad manifiestamente incompetente como lo son el Inspector General de la Guardia Nacional y el Ministro de la Defensa, respectivamente, por lo que ambos actos resultan subsumibles en la previsión del artículo 119 de la Constitución, y en la previsión del numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...” (sic) (Negrillas de la cita).

En cuanto al vicio de incompetencia, esta Sala -en criterio pacífico y reiterado- ha establecido lo siguiente:

“...debe resaltar la Sala que la competencia ha sido definida como la capacidad legal de actuación de la Administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por la ley. De allí, que la competencia no se presume sino que debe constar expresamente por imperativo de la norma legal. Por tanto, determinar la incompetencia de un órgano de la Administración, supone demostrar que ésta ha actuado sin que medie un poder jurídico previo que legitime su actuación; en este sentido, sólo de ser manifiesta la incompetencia, ella acarrearía la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” (Entre otras, Sent. N° 952 del 29 de julio de 2004).

“...si bien, en virtud del principio de legalidad la competencia debe ser expresa y no se presume, el vicio de incompetencia sólo da lugar a la nulidad absoluta de un acto cuando es manifiesta o lo que es lo mismo, patente u ostensible, pues como ha dejado sentado la jurisprudencia de este Tribunal, el vicio acarrearía la nulidad absoluta únicamente cuando la incompetencia sea obvia o evidente, y determinable sin mayores esfuerzos interpretativos” (Sent. N° 1133 del 4 de mayo de 2006).

Asimismo, disponen los artículos 62, 64, 240 letra “g”, 241 y 280 de la entonces vigente Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.860 Extraordinaria de fecha 22 de febrero de 1995), lo siguiente:

“Artículo 62. El Ministro de la Defensa, en ejecución de las órdenes del Presidente de la República, será la más alta autoridad en todas las cuestiones de mando, gobierno, organización, instrucción y administración de las Fuerzas Armadas Nacionales”

“Artículo 64. Corresponderá al Ministro de la Defensa, además de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de la Administración Central a todos los Ministros, las específicamente conferidas por ella al Ministerio de la Defensa, y especialmente las siguientes:

a) Cumplir y hacer cumplir las órdenes emanadas del Presidente de la República...”

“Artículo 240. El retiro es la situación a la que pasarán los Oficiales y Sub-Oficiales Profesionales de Carrera que dejen de prestar servicio en las Fuerzas Armadas Nacionales motivado a las causas siguientes:

(...Omissis...)

g) Medida disciplinaria;...”

“Artículo 241. Para pasar un Oficial o Sub-Oficial Profesional de Carrera a la situación de retiro, será necesario una disposición del Presidente de la República y una Resolución del Ministerio de la Defensa, previa opinión del Consejo de Investigación, cuando se trate de una de las causas previstas en los literales f), g), e i) del artículo 240 de esta Ley. Para los otros casos no se requerirá el sometimiento a Consejo de Investigación”

*“Artículo 280. Para calificar las infracciones que cometieren los Oficiales y Sub-Oficiales Profesionales de Carrera de las Fuerzas Armadas Nacionales y opinar si ameritan o no sanción disciplinaria o sometimiento a juicio militar, habrá dos (2) Consejos de Investigación: uno para Oficiales Superiores y Subalternos y otro para Sub-Oficiales Profesionales de Carrera. **Dichos Consejos actuarán cuando así los dispusiere el Presidente de la República o el Ministro de la Defensa, habida consideración de los hechos**” (Negrillas y subrayado de la Sala).*

De las normas antes transcritas se desprende que el Ministro de la Defensa es el órgano encargado de cumplir y hacer cumplir las órdenes del Presidente de la República, por lo que en ejecución de dichas órdenes será la más alta autoridad de las Fuerzas Armadas Nacionales en todo lo concerniente a su mando, gobierno, organización, instrucción y administración, constituyendo una de sus atribuciones legales la de ordenar la realización del Consejo de Investigación a los oficiales o sub-oficiales profesionales de carrera de las Fuerzas Armadas Nacionales que presuntamente hayan cometido infracciones -atribución que también puede ser ordenada por el Presidente de la República- (a los fines de que dicho Consejo de Investigación califique y opine si ameritan sanción disciplinaria o sometimiento a un juicio militar), así como acordar a través de un acto administrativo (resolución) el pase a situación de retiro de los referidos oficiales y sub-oficiales, previa disposición del Presidente de la República; y si es con motivo de una medida disciplinaria, deberá ser precedida de la opinión del Consejo de Investigación correspondiente.

En el caso que nos ocupa, esta Sala, a los fines de verificar la legalidad del acto impugnado (pase a retiro por medida disciplinaria del recurrente), considera oportuno revisar en primer lugar el argumento referido a que el acto administrativo que contiene la orden de someter al recurrente a un Consejo de Investigación había sido supuestamente dictado *“...por una autoridad manifiestamente incompetente...”*, esto en virtud de que este último acto constituye el precedente lógico del acto administrativo que se recurre ante este Alto Tribunal.

En tal sentido, se observa de las actas procesales, la Resolución N° DG-19086 de fecha 21 de noviembre de 2002, emanada del Ministro de la Defensa (folio 63 del expediente

administrativo), a través de la cual se indicó que “*Por disposición del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 62, 286 y 287 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, (...) se somete a Consejo de Investigación al ciudadano General de División (Guardia Nacional) **CARLOS RAFAEL ALFONZO MARTÍNEZ**, titular de la cédula de identidad N° 3.716.248, para estudiar y calificar su conducta, por la presunta comisión de faltas militares e infracciones de carácter disciplinario, contemplados en el ordenamiento jurídico vigente, especialmente las que pudieran desprenderse de las declaraciones dadas a los medios de comunicación social sin previa autorización y a su participación en eventos de evidente carácter político*” (sic) (Negrillas de la cita y subrayado de la Sala).

De lo anteriormente descrito se evidencia que la orden de iniciar un Consejo de Investigación en contra del recurrente (motivado a que en su condición de militar activo rindió declaraciones a los medios de comunicación social del país en fecha 22 de octubre de 2002, sin previa autorización del Ministerio de la Defensa, así como su participación en eventos de carácter político) emanó del Ministro de la Defensa de conformidad con lo establecido en el citado artículo 280 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales de 1995, el cual faculta –como antes se indicó– a dicho órgano para ordenar la realización del Consejo de Investigación a los oficiales o sub-oficiales profesionales de carrera de las Fuerzas Armadas Nacionales que hayan presuntamente cometido infracciones; por lo que en tal sentido se concluye que el referido acto que acordó someter a un Consejo de Investigación al recurrente fue dictado por la autoridad competente. Así se declara.

Precisado lo anterior, pasa esta Sala a examinar el argumento sobre que el acto administrativo impugnado fue dictado “...por una autoridad manifiestamente incompetente...”, y a tal efecto se evidencia de las actas procesales que el mencionado acto administrativo, contenido en la Resolución N° DG-21681 de fecha 19 de junio de 2003 dictada por el Ministro de la Defensa (antes transcrita, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.716 de fecha 20 de junio de 2003, y confirmada en virtud del silencio administrativo negativo), mediante la cual se pasó a retiro por medida disciplinaria al recurrente, se dictó con base en lo siguiente “...*Por disposición del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62 y 280 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales oída la opinión del Consejo de Investigación (...omissis...)*. En consecuencia, cerrado como ha quedado el Consejo de Investigación y *previa disposición del Ciudadano Presidente de la República, se pasa a situación de RETIRO por medida disciplinaria al General de División (GN) **CARLOS RAFAEL ALFONZO MARTÍNEZ**, titular de la Cédula de Identidad N° 3.716.248, de conformidad con el artículo 240 literal g) de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales*” (Negrillas de la cita y subrayado de la Sala).

Asimismo, consta en las actas procesales copia certificada emanada del Ministerio de la Defensa de “*CUENTA AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA - CUENTA N° 082*” de fecha 19 de junio de 2003, a través de la cual se sometió a consideración del Presidente de la República el pase a retiro por medida disciplinaria del recurrente, la cual fue aprobada y suscrita por el Jefe de Estado junto con el Ministro de la Defensa (folio 148).

En virtud de que la Resolución de autos (publicada además en la *Gaceta Oficial de la República*) fue dictada por el Ministro de la Defensa en ejecución de lo dispuesto por el Presidente de la República, conforme se desprende del propio acto impugnado y de la “*CUENTA N° 082*” de fecha 19 de junio de 2003 aprobada y suscrita por el Jefe de Estado, en atención a lo establecido en el citado artículo 241 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales de 1995, que señala que “*Para pasar un Oficial o Sub-Oficial Profesional de Carrera a la situación de retiro, será necesario una disposición del*

Presidente de la República y una Resolución del Ministerio de la Defensa...” (Negrillas de este Alto Tribunal) la Sala concluye que el acto administrativo impugnado, contrariamente a lo señalado por el recurrente, fue dictado por la autoridad competente. En tal sentido, por las razones antes expuestas se declara improcedente el vicio de incompetencia alegado por el apoderado judicial del recurrente.

B. *El Poder Judicial*

a. *Tribunal Supremo de Justicia: Decisiones*

TSJ-SC (430)

14-3-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Rafael Valentino Maestri y María Peirano. Revisión de sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

Para que sean válidas las decisiones emanadas del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de su función jurisdiccional, es necesario el voto de la mayoría de los miembros de la Sala respectiva.

La solicitante señaló en su escrito que la decisión cuya revisión se solicita, atenta y viola flagrantemente los principios del juez natural, seguridad jurídica, confianza legítima, de prevalencia de la realidad sobre las formas y buena fe, y los derechos a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en razón de que la Sala de Casación Social dictó una decisión que fue aprobada por dos (2) de los magistrados presentes en la audiencia.

Aprueba esta Sala, luego del análisis de las actas que conforman el presente expediente, que se solicita la revisión de la sentencia 1.042, dictada el 24 de mayo de 2007 por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, por considerarse que, a través de ella, se desconocieron principios constitucionales contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que han sido desarrollados por esta Sala Constitucional.

En la referida sentencia, se declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2006 por el Juzgado Segundo Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Al respecto, constata la Sala de la lectura de la decisión cuya revisión se solicita, que la Sala de Casación Social señaló, en relación a la solicitud de los hoy accionantes de la celebración de una nueva audiencia oral que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, la votación de la ponencia se realizaba por mayoría simple de los magistrados presentes, y ya que la Sala estaba constituida por tres (3) de los cinco (5) magistrados que la conforman, tal como lo permite el párrafo 4 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la ponencia -según la Sala de Casación Social- podía ser aprobada por dos (2) de los tres (3) magistrados presentes en la audiencia oral.

En este sentido, es cierto que el artículo 60 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia dispone lo siguiente:

“Las ponencias serán aprobadas por la mayoría de los Magistrados y Magistradas presentes en la sesión de Sala Plena, quienes deberán suscribirlas. En caso de que algún Magistrado o Magistrada se negare a firmarlas, se hará constar en la correspondiente nota de publicación de la sentencia.”

De igual manera, se hará mención de los Magistrados o Magistradas que no hubieren asistido a la consideración de una ponencia. En tal circunstancia, en el acta de la sesión pertinente se dejará constancia de las razones que motivaron la ausencia”.

Asimismo, la Disposición Transitoria *eiusdem* pauta que las normas del Reglamento serán aplicadas para el funcionamiento interno de las demás Salas, pero solo en cuanto “*fuese posible y resultaren compatibles*”.

Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala:

*“Para que sean válidas las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena o en cualquiera de sus Salas, se requiere el voto favorable de la mayoría simple de sus miembros”.*Subrayado propio.

Igualmente, el párrafo 5 del artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece:

“Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva...”

En consecuencia, de la lectura de las disposiciones precedentes, se advierte una contradicción entre el Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley Orgánica que regula el funcionamiento de este alto Tribunal. En efecto, la norma reglamentaria utiliza el criterio de la mayoría (sin calificativos, de lo cual se deduce que es la mayoría absoluta) de los Magistrados presentes, mientras que la Ley Orgánica exige el quórum de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva.

A pesar de que el Reglamento Interno es un acto dictado en ejecución directa de la Constitución, por lo cual jerárquicamente equivale a una Ley de la Asamblea Nacional, es preciso advertir que la ley que regula este alto Tribunal es de carácter orgánico, de manera que es “*Lex Superior*” en relación al Reglamento Interno.

Partiendo de esta realidad o circunstancia, debe aplicarse a la materia la norma jerárquica superior, es decir, la Ley Orgánica del tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, como referíamos *supra*, la Ley Orgánica, en su artículo 2, nos habla de mayoría simple y no de mayoría absoluta, tanto para el funcionamiento de la Sala como para la validez de las decisiones. Al respecto, debe aclararse que el Diccionario de la Lengua Española no define la mayoría simple, sino la absoluta (la que consta de más de la mitad de los votos) y la relativa (la formada por el mayor número de votos no con relación con el total de estos, sino al número que obtiene cada una de las personas o cuestiones que se votan a la vez -subrayado de este fallo-).

Sin embargo, y aunque no pueda negarse la ambigüedad de este calificativo (simple) que usualmente ha sido considerado como sinónimo de relativo u ordinario; considera esta Sala que dicha ambigüedad se despeja en base a dos elementos o parámetros, a saber: la base del cómputo -universo o sufragantes-; y el número de opciones a votar. Así, cuando el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia nos dice que el quórum requerido para deliberar es la mayoría simple de los Magistrados que forman la Sala, la base del cómputo y universo es el todo -la totalidad de los integrantes del cuerpo- y la mayoría debe ser considerada como absoluta, pues se trata de una mayoría única en relación a la Sala y no relativa a otros pareceres u opciones. Si no se interpretara así no podría determinarse cuál sería esa mayoría para funcionar o deliberar.

Ahora, si una vez constituida para deliberar es legalmente necesario, igualmente, el voto favorable de las mayoría simple de sus miembros, tendríamos que distinguir las llamadas decisiones “bipolares” de aquellas que admiten más de dos opciones. Si la decisión solo admite la posibilidad de votar a favor, en contra o abstenerse, dicha mayoría simple u ordinaria se hace absoluta ya que vencería la opción a favor o en contra que más votos obtenga. Este es el caso de las ponencias que, en su labor jurisdiccional, son consideradas y decididas en cada Sala. En efecto, la ponencia que se presenta es única y solo hay la posibilidad de votarla a favor o en contra; debiéndose razonar el voto negativo en caso de aprobarse la ponencia.

En este caso, la mayoría simple de los integrantes como requisito de validez del fallo requiere la mitad más uno de los integrantes de la Sala, no de los presentes, ya que es esa la solución o la base de cómputo que ideó el legislador.

Este criterio (considerar la mayoría simple de la Sala como el requerimiento de la mitad más uno), fue acogido por la propia Sala Plena, con fundamento en el artículo 2 de la Ley Orgánica, en su sesión ordinaria del 3 de octubre de 2007.

En consecuencia, aprecia la Sala del texto de los artículos citados y de los criterios expuestos que, para que sean válidas las decisiones emanadas de este Tribunal, en ejercicio de su función jurisdiccional, es necesario el voto de la mayoría de los miembros de la Sala respectiva; y así se declara.

En este contexto, tenemos pues, que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho de toda persona al debido proceso. Al respecto, esta Sala Constitucional en sentencia del 24 de octubre de 2001 (*Caso: Supermercado Fátima, S.R.L.*), señaló:

“...el derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas.” (Subrayado propio).

Una de las manifestaciones más conspicuas de este derecho, lo constituye la prevista en el cardinal 4 *eiusdem*, el cual establece el derecho a ser juzgado por el juez natural, en los siguientes términos:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: (omissis)

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto”. (Subrayado propio).

En relación a este numeral, la Sala ha expuesto en reiteradas oportunidades el alcance y debida interpretación de dicha norma constitucional. Así, en sentencia N° 520 del 7 de junio de 2000, estableció:

“El derecho al juez natural consiste, básicamente, en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la ley. Esto es, aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la

actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el Tribunal esté correctamente constituido. En síntesis, la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces" (Subrayado de la Sala)

En tal sentido, no puede considerarse correctamente constituido a los efectos de su deliberación y sentencia un tribunal colegiado, si se violenta lo dispuesto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente "en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia", por remisión del artículo 19, párrafo segundo, de la Ley Orgánica que rige este máximo Tribunal; el cual establece que "No se considerará como sentencia ni se ejecutará, la decisión a cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por la ley, ni la que no es firmada por todos ellos" (subrayado de este fallo). Lo previsto en esta disposición, ha sido reiterado por esta misma Sala en sentencia N° 1254 del 20 de mayo de 2003 (caso: *William Dávila*), que señaló que se vulnera el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, cuando la sentencia no cuenta con la firma de los miembros del tribunal respectivo, salvo que se haga constar la ausencia por motivos justificados.

Pero no solo debe señalarse la incorrecta conformación de la Sala al pronunciar el fallo cuya revisión se solicita, lo cual infringe el principio del juez natural, sino que se ha violentado, como ya se indicó, lo estipulado en el párrafo quinto del artículo segundo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo Justicia.

En conclusión, al desconocer la Sala de Casación Social la previsión de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de que para aprobarse una sentencia es necesario el voto de la mayoría de los miembros de la Sala respectiva como requisito de validez del fallo dictado, incumplió el cardinal 4 del artículo 49 de la Constitución, según el cual el juez debe actuar según "...las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley...". En efecto, la Sala de Casación Social ha debido ajustar la sentencia impugnada, en primer término, a la Constitución, en su condición de norma fundamental y, en segundo lugar, a las demás normas del ordenamiento jurídico, cumpliendo el principio de jerarquía normativa, de forma que la norma inferior (Reglamento) obedezca, en todo caso, al contenido de la superior (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

En virtud de las razones señaladas, esta Sala Constitucional declara que ha lugar la revisión solicitada, por lo que se declara la inexistencia de la decisión N° 1042, dictada el 24 de mayo de 2007 por la Sala de Casación Social. Como consecuencia de lo anterior, se ordena dictar nuevo fallo de fondo correspondiente a la causa seguida por los ciudadanos Rafael Valentino Maestri y María Isabel Peirano contra la sociedad mercantil Seguros Nuevo Mundo S.A., atendiendo a los principios y normas contenidos en la Constitución y en la Ley Orgánica que rige este Tribunal; y los criterios expuestos en el presente fallo.

b. *La Administración de Justicia*

a'. *Nuevos criterios jurisprudenciales*

TSJ-SC (327)

7-3-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Revisión de Sentencia de la Sala de Casación Civil.

La Sala Constitucional reitera su jurisprudencia referida a los denominados criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación que existe entre los mismos y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional.

Véase página 233 de esta *Revista*

b'. *Interpretación de contratos*

TSJ-SPA (0106)

24-1-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Consorcio Ligur vs. C.V.G. Electrificación del Caroni, C.A. (EDELCA).

La interpretación realizada por el Juez con miras a esclarecer la voluntad de las partes en la relación contractual es una operación que profundiza sobre la letra del contrato, consistente en determinar los resultados queridos por éstas y las consecuencias de la declaración de su voluntad, teniendo siempre como norte las exigencias de la Ley.

El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente:

“Artículo 12.- Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Tribunales se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en miras las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”.

(Destacado de la Sala)

Conforme a lo dispuesto en la norma antes transcrita, debe esta Sala señalar que interpretación de los contratos es una actividad no sólo atinente al significado derivado literalmente de las palabras con las cuales fueron suscritos, sino a todas aquellas consecuencias que puedan surgir de las obligaciones asumidas, tanto para su perfeccionamiento como para su ejecución, según lo establecido en la Ley, los principios de equidad y la buena fe de los contratantes.

Igualmente, cuando dichos acuerdos presenten obstáculos interpretativos, el juez estará facultado para indagar la voluntad contractual de las partes, a la luz de la función económica que se pretendía. (*Vid. Sentencias de esta Sala N° 4234, 5375 y 255 de fechas 16 de junio y 4 de agosto de 2005; y 14 de febrero de 2007, respectivamente*)

De esta manera, la interpretación realizada por el Juez con miras a esclarecer la voluntad de las partes en la relación contractual es una operación que profundiza sobre la letra del contrato, consistente en determinar los resultados queridos por éstas y las consecuencias de la declaración de su voluntad, teniendo siempre como norte las exigencias de la Ley.

C. *Regulación de la competencia*

TSJ-SC (155)

26-2-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Junta Electoral Principal del Estado Zulia

En el caso que se encuentre en controversia la afirmación de la competencia o su negativa, el ordenamiento jurídico ha dispuesto su regulación como mecanismo de impugnación de cualquier resolución del órgano jurisdiccional que verse sobre tal presupuesto, y su funcionalidad se traduce en una tutela indirecta del derecho constitucional al juez natural -Vid. Artículo 49 numeral 4 de la Constitución-, estatuyéndose en el Código de Procedimiento Civil, entre otros supuestos de procedencia, aquel en el cual el juez declara su propia incompetencia y se planté la regulación de competencia de oficio, cuando el órgano jurisdiccional que deba suplir al abstenido se considere a su vez incompetente (artículos 70 y 71 *eiusdem*).

Véase página 233 de esta *Revista*

2. *El Poder Municipal: Los Municipios. Contralorías Municipales: Autonomía*

CSCA

25-1-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Dulce María Colmenares Camacho vs. Contraloría Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda.

La intención del constituyente fue la de otorgar a las Contralorías Municipales autonomía funcional, administrativa y orgánica, lo cual abarca una libertad de funcionamiento y de no adscripción con respecto a las demás ramas del Poder Público, pues resulta evidente la necesidad de que los órganos contralores (tales como las Contralorías Municipales) sean independientes de las demás ramas, entes y órganos que se encuentran enmarcados dentro del control fiscal, implicando entre otras cosas que sus decisiones no estén sujetas de ser aprobadas -en este caso- por órganos que no están insertos dentro de su estructura organizativa.

Primero.- El apoderado judicial de la parte querellante señaló en su escrito de fundamentación a la apelación que “(...) se observa de la sentencia apelada que el a quo incurre en falso supuesto, derivado de analizar la actuación de [su] representado (proceso de reestructuración) de una manera a-técnica (*sic*), ligera y totalmente errada, así como incurre en una errónea aplicación del artículo 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa (...) todo lo cual influye de manera determinante en el dispositivo del fallo (...)” [Corchetes de esta Corte].

Respecto al vicio de errónea interpretación, es necesario señalar que este es el que se comete al entender el supuesto de hecho de la norma y no su conclusión; es pues que el error en la consecuencia jurídica conducirá a que si bien la norma aplicada es la destinada a regir la cuestión resuelta, aquella ha sido mal interpretada; en tanto que el error en el supuesto de hecho producirá como consecuencia que se aplique una norma inadecuada, o se deje de aplicar la regla legal destinada a regir la cuestión debatida.

Es pues, que el Juez en su actividad ponderativa elige la norma con vista a la pretensión deducida y a las excepciones y defensas opuestas y una vez elegida la disposición legal, el Juez debe interpretarla, en cuya tarea puede cometer errores tanto al entender el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, pero si yerra al interpretar el supuesto de hecho, podrá conducir a que se aplique la norma a unos hechos no tutelados por ésta o se deje de aplicar a un supuesto concreto regido por la disposición legal.

Visto lo anterior, esta Corte debe determinar si en efecto el *iudex a quo* incurrió o no en una errónea aplicación de la norma.

Ha señalado el Juez a quo en su sentencia, que la Resolución impugnada se fundamentó en el artículo 97, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal en concordancia con los numerales 7, 8 y 9 del artículo 11 del Reglamento Interno de la Contraloría Municipal, normas éstas que establecen las facultades del Contralor Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda, en materia de administración de personal, concluyendo que a su criterio, no se desprendía que tales normas contrariaran lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública, no pudiendo por lo tanto subsumirse los hechos denunciados en la disposición derogatoria única de la aludida Ley, por lo que procedió a desechar la denuncia de falso supuesto de derecho formulada por la parte actora.

Aunado a ello, el Juez *a quo* indicó que “(...) se [evidenció] que ese Cuerpo Edilicio aprobó la medida de reducción de personal el mismo día que recibió el informe técnico, incumpliendo de esta forma el procedimiento establecido en los artículos 118 y 119 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, normas que exigen la presentación de la reducción de personal conjuntamente con el informe técnico y un resumen de los expedientes de los funcionarios afectados, con un mínimo de treinta (30) días de anticipación a la fecha pautada para practicar la reducción (...)” (Subrayado de esta Corte).

Se evidencia en consecuencia que, el *iudex a quo* sostuvo que en aplicación de tal normativa, las reducciones de personal que se llevaron a cabo en la Contraloría del Municipio Baruta debían cumplir, entre otros requisitos, con la aprobación de la solicitud de reducción de personal por la Cámara Municipal.

Ahora bien, el artículo 176 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

“Artículo 176: Corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin menos cabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República, y será dirigida por el Contralor o Contralora Municipal, designado o designada por el Consejo mediante concurso público que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado o designada para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la Ley” (Negrillas de esta Corte).

Aunado a ello, el artículo 168 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

“Artículo 168: Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozarán de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la Ley. (...)” (Negrillas de esta Corte).

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal, dispone:

“Artículo 44. Las Contralorías de los estados, de los distritos, distritos metropolitanos y de los municipios, ejercerán el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes de los órganos y entidades centralizados y descentralizados sujetos a su control, de conformidad con la Ley, y a tales fines gozarán de autonomía orgánica, funcional y administrativa” (Negrillas de esta Corte).

De lo anterior se desprende que la intención del constituyente fue la de otorgar a las Contralorías Municipales autonomía funcional, administrativa y orgánica, lo cual abarca una libertad de funcionamiento y de no adscripción con respecto a las demás ramas del Poder Público, pues resulta evidente la necesidad de que los órganos contralores (tales como las Contralorías Municipales) sean independientes de las demás ramas, entes y órganos que se encuentran enmarcados dentro del control fiscal, implicando entre otras cosas que sus decisiones no estén sujetas de ser aprobadas -en este caso- por órganos que no están insertos dentro de su estructura organizativa.

Ahora bien, la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, fue el producto de haber concluido que en el proceso de reestructuración de la Contraloría del Municipio Baruta del Estado Miranda debía aplicarse el procedimiento contenido en el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa. En ese sentido deben observarse las disposiciones que sobre el particular establece la propia Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, específicamente en su artículo 19 el cual establece:

“Artículo 19. La administración de personal de la Contraloría General de la República se regirá por esta Ley, por el Estatuto de Personal y por las demás normas que a tal efecto dicte el Contralor General de la República.

En el Estatuto de Personal se establecerán los derechos y obligaciones de los funcionarios de la Contraloría General de la República, incluyendo lo relativo al ingreso, planificación de carrera, clasificación de cargos, capacitación, sistemas de evaluación y de remuneraciones, compensaciones y ascensos sobre la base de méritos, asistencia, traslados, licencias y régimen disciplinario, cese de funciones, estabilidad laboral, previsión y seguridad social. En ningún caso podrán desmejorarse los derechos y beneficios de que disfrutaban los funcionarios de la Contraloría”.

Ello así, y dada la autonomía orgánica y funcional de la que gozan las Contralorías Municipales, que las faculta para dictar sus propias normas jurídicas en sujeción al ordenamiento jurídico general del Estado, deben ser observadas las disposiciones contenidas en la regulación especial, expresa y vigente en materia de personal por ella dictada a los efectos de llevar a cabo el proceso de reestructuración, esto es, su Estatuto de Personal y, para el caso de que exista algún vacío, la misma debe ser llenada por la normativa más próxima, que en este caso es el Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República, dada la similitud de las funciones desempeñadas y similitud de sistemas organizativos (*Vid.* Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Número 1300, de fecha 26 de junio de 2007, caso: *Gardelys Orta Rodríguez*; y Sentencia Número 2007-01775 de fecha 22 de octubre de 2007, caso: *Lenin Simón Martínez González contra la Contraloría General del Estado Zulia*, dictada por esta Corte).

Sin embargo, cabe aclarar que aun si se llegase a considerar que el procedimiento aplicable fuera el contenido en la Ley del Estatuto de la Función Pública, tal requisito (aprobación de la solicitud de reducción de personal por el Consejo Municipal de Baruta) debería obviarse a los fines de armonizar el procedimiento al Texto Constitucional, pues ello haría letra muerta la autonomía de la que éstos gozan por disposición Constitucional. Así pues, erró el aludido Juzgado Superior cuando afirmó que en el proceso de reestructuración

iniciado por la Contraloría del Municipio Baruta del Estado Miranda, debía contarse con la aprobación del Concejo Municipal del referido Municipio, razón por la cual al haberse efectuado una errada interpretación del Texto Constitucional, específicamente del artículo 163, considera esta Corte que el fallo emanado del Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital incurrió en una errónea interpretación de la normativa aplicable, por lo que se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, se anula el fallo in examine. Así se declara.

Segundo.- Declarado lo anterior, es decir, anulada la sentencia objeto del recurso de apelación, corresponde a esta Corte pronunciarse sobre el fondo de asunto debatido y, a tal efecto, observa lo siguiente:

Indicó la parte querellante que “(...) las normas en las cuales se fundamenta el Acto Administrativo de [su] remoción, tal como señala el texto de la Resolución impugnada, ‘artículo 97, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, en concordancia con las facultades que confiere la Ordenanza de la Contraloría Municipal, así como los numerales 7, 18 y 19 del artículo 11 del Reglamento Interno de la Contraloría Municipal’ quedaron derogadas por entrar en vigencia la LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (...) (Mayúsculas del original) [Corchetes de esta Corte].

Por su parte la representación de la parte querellada sostuvo que “(...) la recurrente precisa que las normas a las cuales se hizo referencia en el encabezado de la Resolución impugnada, se encuentran derogadas por la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual resulta a todas luces un desacierto jurídico e improcedentes los argumentos de la recurrente, por cuanto esas normas se refieren al ámbito de competencia del Contralor Municipal en materia de personal, y a la figura de la delegación de atribuciones, que en modo alguno puede considerarse derogadas por la Ley del Estatuto de la Función Pública (...)”; reiterando que “(...) el contenido de las normas que se expresan en la Resolución impugnada, y sobre las cuales la recurrente fundamentó el falso supuesto, (...) [dado] que las normas referidas son atributivas de competencia que fueron indicadas en atención a la Ordenanza sobre Procedimientos Administrativos, como requisito necesario que debe contener todo acto administrativo, y que en forma alguna se encuentran derogadas, y mucho menos, por la Ley del Estatuto de la Función Pública (...)”.

Ahora bien, el párrafo único del artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece:

Artículo 1:

(omnibus)

Parágrafo Único: quedarán excluidos de la aplicación de la presente Ley:

(omnibus)

4. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Ciudadano (...). ”.

Ello así, el artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

Artículo 273.- El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República.

Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos o cuyas titulares será designado o

designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidenta por periodos de un año, pudiendo ser reelegido o reelegida.

El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable.

Su organización y funcionamiento se establecerá en la ley orgánica”.

Ahora bien, el artículo 176 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

“Artículo 176: Corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República, y será dirigida por el Contralor o Contralora Municipal, designado o designada por el Consejo mediante concurso público que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado o designada para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la Ley”.

Dicho esto, debe aclararse que la Ley del Estatuto de la Función Pública se aplica de manera supletoria; no obstante de ello, no puede pretender la querellante que se consideren derogadas normativas como el Reglamento Interno de la Contraloría del Municipio Baruta, y la Ordenanza de la Contraloría Municipal de Baruta, por ser estas normativas en especial, las que rigen el funcionamiento de la referida Contraloría Municipal y, al no haber sido derogadas éstas conservan su vigencia, razón por la cual esta Corte desecha tal alegato. Así se declara. Así se declara.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO

1. Expropiación

A. Procedimiento

TSJ-SPA (0048)

16-1-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Inversiones Praiano, S.R.L., vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Declarada la utilidad pública de la obra por el órgano legislativo, la autoridad administrativa correspondiente dicta el decreto de expropiación de los bienes necesarios para la ejecución de la obra, ordenando su adquisición forzosa, lo cual supone la previa determinación de la idoneidad de los bienes a expropiar, para la consecución de los fines públicos que se pretenden con la obra a ejecutar.

Como se indicó antes, la sociedad mercantil Inversiones Praiano, S.R.L. pretende a través de su solicitud de suspensión del acto impugnado que: 1) Se ordene al Distrito Metropolitano de Caracas, abstenerse de realizar cualquier actuación jurídica o material de ejecución del acto recurrido, y 2) Se ordene al Registro Inmobiliario del Primer Circuito del Municipio Sucre del Estado Miranda, que deje sin efecto la nota marginal referente a la “Anotación Provisional” colocada en el protocolo correspondiente al documento de condominio de Residencias Praiano.

1. Alegan los apoderados de la parte recurrente que los inmuebles propiedad de su mandante no cumplen los requisitos establecidos en el Acuerdo N° 01-2006 publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano de Caracas* del 5 de enero de 2006, por no tratarse de inmuebles abandonados y deshabitados que requieran reacondicionamiento o remodelaciones, aduciendo además, que se procedió a la afectación del inmueble sin ni siquiera haber realizado los estudios necesarios a fin de determinar si los mismos eran aptos para la ejecución del Proyecto de Dotación de Viviendas.

De conformidad con el artículo 2 del Decreto impugnado, la Alcaldía Metropolitana de Caracas “realizará los estudios técnicos físicos, arquitectónicos, catastrales, económico – financieros que sean necesarios, a fin de determinar si los inmuebles” descritos en su artículo 1 cumplan con las condiciones necesarias para la realización del mencionado proyecto.

Establece además el identificado Decreto en su artículo 3, que en caso que dichos inmuebles no reúnan las condiciones para la ejecución del aludido proyecto se procedería a la desafectación de los mismos.

Conforme consta en el expediente, el 9 de octubre de 2007 el abogado Igor Eduardo Acosta Herrera, actuando en representación de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, consignó la información requerida por esta Sala mediante decisión N° 1.190 del 4 de julio de 2007, indicando sobre los estudios ordenados en el Decreto impugnado, que estaban “en la elaboración de un proyecto conjuntamente con el ‘INSTITUTO METROPOLITANO DE URBANISMO TALLER CARACAS’, organismo adscrito a esta Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, la cual se encarga de realizar estudios y proyectos sobre realización, proyección, reparación, habilitación y elaboración de viviendas, a fin de poder dar cumplimiento a lo ordenado en el decreto” (sic).

Al respecto observa la Sala lo siguiente:

De conformidad con el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “*La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*”.

Las limitaciones previstas en el artículo antes citado, se justifican en virtud de la función social que se ha atribuido a la propiedad en nuestro país, aun antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con base en esa disposición, el Estado ante la necesidad de atender debidamente los intereses de la colectividad, puede obtener a través de la expropiación aquellos bienes idóneos para el cumplimiento de los objetivos mencionados, todo ello con arreglo a las normas que regulan la materia.

En este sentido, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.475 del 1° de julio de 2002, consagra el procedimiento a seguir para la expropiación forzosa de aquellos bienes que la Administración estime necesarios para la ejecución de alguna obra de utilidad pública.

Dicho procedimiento consiste, en primer lugar, en la declaratoria de utilidad pública de la obra que se trate, por parte de la Asamblea Nacional, el Consejo Legislativo o el Concejo Municipal, según corresponda la ejecución de la obra al ejecutivo nacional, estatal o municipal, de acuerdo a lo previsto en los artículos 7 y 13 de la mencionada Ley.

Una vez realizada la declaratoria de utilidad pública, el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde, según sea el caso, dicta el Decreto de expropiación en el cual declara que la ejecución de la obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o varios bienes, o de parte de los mismos, ello según el artículo 5 *eiusdem*.

Posteriormente, el ente expropiante inicia el trámite de adquisición del bien afectado, de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 22 y siguientes de la mencionada Ley.

Asimismo, se prevé en dicha Ley la ocupación temporal de los bienes, a fin de realizar los estudios necesarios para la elaboración del proyecto de la obra y para el establecimiento provisional de estaciones de trabajo y otros (artículo 52 *eiusdem*), para lo cual es necesario una resolución motivada del representante del poder ejecutivo de la entidad respectiva, la cual se protocolizara en la Oficina de Registro correspondiente.

A su vez, la Ley prevé la posibilidad de ocupar previamente los bienes a expropiar, cuando la autoridad a quien compete califique la obra pública como urgente (artículo 56 *eiusdem*).

Conforme al procedimiento descrito en los párrafos precedentes, declarada la utilidad pública de la obra por el órgano legislativo, la autoridad administrativa correspondiente dicta el decreto de expropiación de los bienes necesarios para la ejecución de la obra, ordenando su adquisición forzosa, lo cual supone la previa determinación de la idoneidad de los bienes a expropiar, para la consecución de los fines públicos que se pretenden con la obra a ejecutar.

Es decir, que si bien una vez declarada la utilidad pública de una obra, es posible conforme a la normativa que rige la materia la ocupación temporal de aquellos bienes que posiblemente resulten afectados por la medida de expropiación, no debe dictarse el decreto de expropiación sin antes determinar la adecuación de los bienes objeto del mismo con la obra de utilidad pública que pretende desarrollarse, quedando entonces por determinar si la inversión de los actos que conforman dicho procedimiento, acarrearía la nulidad del acto cuestionado o, por el contrario, configuraría el incumplimiento de una formalidad no susceptible de invalidar la actuación administrativa en estudio.

Ahora bien, pese a que en el presente caso se decretó la adquisición forzosa de los bienes descritos en el acto recurrido, sin antes precisar la utilidad de los mismos para los fines públicos que se pretenden, el propio Decreto impugnado dispone en su artículo 3 que en caso de que los inmuebles identificados en el artículo 1 del mismo, no reúnan las condiciones necesarias para la ejecución del Proyecto "Dotación de viviendas para los habitantes del Distrito Metropolitano", se procederá a la desafectación de los mismos, y, en consecuencia, no se ejecutaría la adquisición forzosa ordenada.

Por ende, la situación creada en el Decreto no es definitiva, sino que se encuentra sujeta al posterior estudio y verificación de las condiciones establecidas en el Acuerdo N° 01-2006.

Con base en todo lo anterior, considera la Sala que en el presente caso, no es posible en esta etapa del procedimiento, precisar si la modificación del orden temporal de los actos que conforman el procedimiento de expropiación, sólo constituye el incumplimiento de una formalidad que no altera la validez del acto administrativo, por tratarse de una irregularidad de escasa relevancia que no impide el cumplimiento de la finalidad pública que la Administración pretende alcanzar; o si, por el contrario, altera uno de los elementos esenciales del acto administrativo, pudiendo viciarlo de nulidad absoluta.

En tal sentido, sin prejuzgar sobre la legalidad del acto impugnado, la Sala a efectos de pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, visto que la situación creada por el

proveimiento recurrido no es definitiva y que en esta fase procedimental no resulta evidente que la alteración del orden de los actos del procedimiento expropiatorio acarree la nulidad absoluta del acto impugnado, considera que no se verifican en el presente caso los requisitos inherentes a la protección cautelar que se solicita.

B. *Ocupación temporal*

TSJ-SPA (0048)

16-1-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Inversiones Praiano, S.R.L., vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Nada indica que, una vez declarada la utilidad pública de una obra, se excluya la posibilidad de realizar estudios preliminares que requieran una ocupación temporal de los bienes que serán objeto de la medida, pues el artículo citado se refiere a “*propiedades ajenas por parte del que las ejecute*”, y en todo procedimiento de expropiación, los bienes a expropiarse no pertenecen al ente administrativo que ejecutará la obra, pues de ser así, no haría falta la adquisición forzosa de los mismos.

En otro sentido, alega la parte actora que “el Decreto N° 000309 ordenó una ilegítima, ilegal y arbitraria ocupación temporal de los inmuebles propiedad de (su) representada, lo que de concretarse igualmente acarrearía un daño de difícil reparación por una sentencia definitiva que anule el acto impugnado”.

Asimismo, aducen que la ocupación temporal prevista en la Ley no se refiere a los bienes a expropiar sino a bienes distintos a estos, y que además se utilizó la ocupación temporal en sustitución de la ocupación previa, la cual debe ser acordada por un tribunal competente para ello.

El artículo 52 de la Ley de Expropiación que prevé la ocupación temporal, establece textualmente que:

“Toda obra declarada de utilidad pública lleva consigo el derecho a la ocupación temporal de las propiedades ajenas por parte del que las ejecute, en los casos siguientes:

- 1. Hacer estudios o practicar operaciones facultativas, de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra.*
- 2. Para el establecimiento provisional de estaciones de trabajo, caminos, talleres, almacenes o depósitos de materiales, y cualquiera otra que requiera la obra para su construcción o reparación.*

La ocupación durará tan solo el tiempo absolutamente indispensable, no debiendo, en ningún caso, concederse por un término mayor de seis (6) meses. Sin embargo, podrá prorrogarse por igual término, y por una sola vez, por causa debidamente justificada ”.

El artículo transcrito supra, prevé la posibilidad de ocupar temporalmente propiedades ajenas para el desarrollo de estudios y otras operaciones destinadas a recoger datos para la formación del proyecto de utilidad general que se planifique, así como el establecimiento de estaciones de trabajo, caminos, talleres, almacenes y otros.

De la lectura de dicha norma, no se infiere lo alegado por los actores, pues si bien el supuesto previsto en el número 2 del referido artículo alude a otras propiedades distintas a la afectada por la medida de expropiación, nada indica que, una vez declarada la utilidad

pública de una obra, se excluya la posibilidad de realizar estudios preliminares que requieran una ocupación temporal de los bienes que serán objeto de la medida, pues el artículo citado se refiere a “*propiedades ajenas por parte del que las ejecute*”, y en todo procedimiento de expropiación, los bienes a expropiarse no pertenecen al ente administrativo que ejecutará la obra, pues de ser así, no haría falta la adquisición forzosa de los mismos.

Esta disposición es aplicada en el decreto impugnado, al ordenarse en el mismo la ocupación temporal y la realización de unos estudios destinados a la determinación de la idoneidad de las propiedades cuya ocupación se indica para el desarrollo del proyecto antes identificado; por lo que en criterio de la Sala, habida cuenta de la previsión legal que faculta a la Administración para este tipo de actuación, no es posible en esta etapa del proceso concluir en la ilegalidad de la ocupación acordada.

Asimismo, respecto al alegato esgrimido por la sociedad mercantil Inversiones Praiano, S.R.L., referido a que se utilizó la ocupación temporal en lugar de la ocupación previa, advierte la Sala que el mismo no encuentra asidero en los hechos planteados, pues tal y como se puso de relieve anteriormente, la ocupación temporal decretada se dirige a la realización de los estudios pertinentes para la determinación de la adecuación de los bienes afectados, con el proyecto de Dotación de Viviendas para los habitantes del Distrito Metropolitano, y no a la ejecución inmediata por razones de urgencia del proyecto que justifica la expropiación.

Se indica además en el propio Decreto cuestionado que, en caso de concluirse de la realización de los análisis respectivos, en la falta de idoneidad de los bienes objeto del Decreto para el logro de los fines públicos que se pretenden, la Alcaldía del Distrito Metropolitano procederá a la desafectación de los referidos inmuebles.

De esta forma, si bien la ocupación temporal constituye una limitación al derecho de propiedad de la accionante, la misma tiene su fundamento legal en el artículo 52 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y se justifica en razón del interés general que procura la Administración con este tipo de actuaciones; por lo que la Sala en atención a los razonamientos precedentes, estima que la presunción de buen derecho alegada por la actora, no se verifica respecto a la improcedencia que alegan de la ocupación temporal ordenada en el Decreto impugnado. Así se decide.

En otro orden de ideas, cabe destacar que conforme a la información contenida en el escrito presentado el 9 de octubre de 2007, por el abogado Igor Eduardo Acosta Herrera, actuando en representación de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, dicho ente territorial no ha realizado ningún acto de ejecución de la ocupación prevista en el Decreto cuestionado.

Asimismo, considera la Sala pertinente advertir, que la propia norma antes citada protege a los administrados de perjuicios innecesarios en virtud de la actuación de la Administración, al disponer que las ocupaciones temporales allí previstas no podrán exceder de seis (6) meses, y pueden ser prorrogadas por una sola vez.

El Decreto cuestionado emitido el 25 de agosto de 2006, no estableció ningún límite a la ocupación temporal en él acordada, sin embargo, con base en la norma antes citada, la Sala advierte que una vez iniciada la ocupación, la misma no deberá exceder del lapso y la prórroga legalmente previstos, todo ello en resguardo de los intereses particulares que pudieran verse afectados en virtud de tales medidas.

3. Alega la accionante que se le ha impedido “en forma ilegítima, que continúe disponiendo de los inmuebles de su propiedad, pues ello ha implicado la imposibilidad de protocolizar documento de compraventa, salvo que ello sea autorizado expresamente por el Departamento Legal del Distrito Metropolitano de Caracas” (*sic*).

Sobre este alegato se advierte que únicamente cursa una solicitud de inscripción de un documento de compra venta cuyo original corre inserto al folio 519 del expediente y en el cual consta el sello húmedo de recepción de un Registro Inmobiliario del Primer Circuito del Municipio Sucre del Estado Miranda, no obstante, no consignan prueba alguna que evidencie las negativas de registro que, a su decir, han lesionado el derecho de su representada a disponer los bienes de su propiedad afectados por el Decreto cuya legalidad cuestionan en el presente proceso.

En este sentido, conforme el artículo 39 del Decreto con Fuerza de Ley de Registro y del Notariado, en caso de que un Registrador rechace o niegue la inscripción de un documento o acto, el interesado podrá intentar recurso jerárquico ante la Dirección Nacional de Registros y del Notariado, no existiendo constancia en el expediente de que la parte actora hubiera realizado tales gestiones.

En virtud de lo anterior, visto que no se aportó al presente proceso prueba alguna de la negativa de registro que alegan los ha perjudicado, considera la Sala que no probó suficientemente los requisitos necesarios para la protección cautelar que se solicita.

4. Además, la representación actora aduce la existencia de un riesgo inminente de que los aludidos inmuebles sean invadidos.

Al respecto, observa la Sala que el propio Decreto impugnado instruye en su artículo 8 a la Policía Metropolitana para que de forma permanente custodie los inmuebles afectados, garantizando su seguridad, previendo así el riesgo denunciado y disponiendo lo necesario para evitar el peligro que alega la parte actora, lo cual desvirtúa el alegato en referencia.

Finalmente, con base en los análisis precedentes, la Sala visto que la recurrente no demostró la concurrencia de los requisitos inherentes a toda medida cautelar, declara improcedente la suspensión de efectos solicitada. Así se decide.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Obligación Tributaria: Sujeto pasivo (comisionista)*

TSJ-SPA (0019)

10-1-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Auto Club Altamira, C.A., vs. Dirección de Administración Tributaria del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Al respecto, denuncia la contribuyente la existencia del vicio de falso supuesto de hecho y de derecho en la sentencia apelada, por cuanto se erró en la actividad económica prestada por la contribuyente y se aplicó equivocadamente la normativa legal para la determinación del tributo.

Visto lo anterior, la representación municipal aduce que el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho denunciado es inexistente, puesto que se demostró ante el juzgador *a quo* que la misma no es “comisionista” y que la base imponible para gravarla es la totalidad de los ingresos brutos obtenidos por la venta de vehículos y de repuestos.

Ahora bien, la cuestión que resulta necesario dilucidar a los efectos de la presente causa, es la verdadera naturaleza o condición jurídica tributaria de la contribuyente, como “comisionista”, a los fines de establecer la base imponible que debe ser utilizada para la determinación del tributo municipal de patente de industria y comercio, o de actividades económicas, para los ejercicios fiscales 2002 y 2003.

Visto lo anterior, esta Sala considera oportuno citar el contenido de los artículos 376, 379, 385, 386, 389 y 396 del Código de Comercio.

Esta forma de intermediación en criterio de esta Sala, posee fundamentalmente dos razones, a saber: a) Es un mecanismo facilitador del tráfico comercial entre las automotrices y los consumidores finales, pues las comisionistas una vez hecha la negociación con estos últimos, podrían adelantar su capital sin esperar que el consumidor final provea los fondos económicos, y b) Transferir a la comisionista la responsabilidad por el buen funcionamiento y la garantía de servicios.

Es por ello, que en el fondo de dichos contratos siempre subyace una encomienda a cargo de la comisionista, consistente en la venta o distribución en forma exclusiva de vehículos, y como consecuencia de la aceptación de tal encargo, se le imponen ciertas limitaciones, condiciones u obligaciones, así como también un beneficio económico producto del cumplimiento de tales obligaciones, que será un porcentaje o comisión del precio de venta del vehículo previamente fijado por la empresa fabricante de los vehículos automotores. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 05568 del 11 de agosto de 2005, caso: *Rustiaco Caracas, C.A.*).

En el caso concreto, el apoderado judicial de la recurrente consignó en la etapa de promoción de pruebas en esta Alzada, copia simple del “*contrato de concesionario*” suscrito entre ésta y la sociedad de comercio Daimler-Chrysler de Venezuela, L.L.C. en fecha 22 de septiembre de 2000, cursante a los folios 465 a 495 del expediente judicial; contrato el cual no fue promovido en primera instancia.

Dicha prueba, fue consignada a los fines de demostrar la referida condición de “*comisionista*” con la que aduce ejercer sus operaciones comerciales en la jurisdicción del Municipio Chacao del Estado Miranda la sociedad mercantil contribuyente Auto Club Altamira, C.A.

Por otra parte, esta Alzada evidencia del análisis realizado al expediente administrativo de la contribuyente consignado en autos por la representación municipal en el tribunal de instancia, cursante bajo los folios 86 y 87, comunicación emitida en fecha 5 de noviembre de 2003 por el ciudadano Carlos Daniel Linares, en su carácter de Asesor Legal de la sociedad mercantil Daimler-Chrysler de Venezuela, L.L.C., con motivo de la solicitud planteada por el Departamento de Auditoría Fiscal de la Dirección de Administración Tributaria de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, mediante la cual indicó que entre la sociedad mercantil apelante y Daimler-Chrysler de Venezuela, L.L.C., no existe relación consignante-consignatario.....

....Al respecto, pudo constatar esta Sala en torno al señalado contrato de concesión consignado por la representación en juicio de la contribuyente, que el mismo fue celebrado en fecha 22 de septiembre de 2000, es decir, con anterioridad a la comunicación expedida por el asesor legal de la fabricante de vehículos Daimler-Chrysler de Venezuela, L.L.C. el día 5 de noviembre de 2003, y que, tal como fue señalado en la referida comunicación (la cual, al formar parte del expediente administrativo de la recurrente y al no haber sido impugnada mediante las vías legales correspondientes, goza de pleno valor probatorio), la referida sociedad mercantil no posee el carácter de comisionista con respecto a la ensambladora, por cuanto “(…) *no existe ningún contrato de consignación de vehículos suscrito por esta compañía con AUTO CLUB ALTAMIRA, C.A. (...)*”. (Resaltado de esta Alzada).

Por cuanto en el caso de autos, tal como lo indicó el tribunal de instancia en la sentencia apelada, no fue probado el carácter de “*comisionista*” que aduce ostentar la sociedad

mercantil Auto Club Altamira, C.A., respecto a los vehículos y repuestos fabricados por Daimler-Chrysler de Venezuela, L.L.C., comercializados por ésta, resulta que la misma debe tributar respecto de los ejercicios fiscales auditados, como bien lo determinó la Administración Tributaria del Municipio Chacao del Estado Miranda, conforme a lo percibido por la totalidad del precio de cada vehículo o repuesto vendido. En consecuencia, se desestima el alegato referido al falso supuesto de la sentencia apelada, por cuanto, tal como lo aseveró el *a quo*, la contribuyente no ostenta tal carácter. Así se declara.

Por lo precedentemente expuesto, esta Alzada debe declarar sin lugar la apelación ejercida por la representación judicial de la contribuyente y confirmar el fallo apelado. Así se decide.

2. *Impuestos Nacionales: Impuestos de importación*

TSJ-SPA (0030)

10-1-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: PDVSA PETRÓLEO, S.A. vs. Fisco Nacional

En los casos de régimen de admisión temporal simple no es aplicable la sanción de multa establecida en el artículo 120 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas.

En los llamados Regímenes Aduaneros Especiales, concretamente de los denominados Regímenes de Suspensión, se encuentra la admisión temporal simple, conforme a la cual pueden ser introducidas al territorio aduanero nacional ciertas mercancías, con suspensión de los impuestos de importación y otros recargos o impuestos adicionales aplicables, con una finalidad determinada, a condición de que sean reexpedidas luego de su utilización, sin haber experimentado modificación alguna (artículo 31 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales).

A su vez, este género de operaciones aduaneras suspensivas, encuentra su especie en las operaciones atinentes al tráfico de perfeccionamiento, que para el caso de las admisiones temporales, contempla el perfeccionamiento activo, es decir, la modificación, cambio, reparación, rehabilitación, mezcla o cualquier otro tipo de perfeccionamiento verificado sobre las mercancías en el territorio aduanero nacional. Por su parte, para las exportaciones temporales, se establece el perfeccionamiento pasivo, referente a modificaciones o alteraciones producidas fuera del territorio aduanero nacional. (*Vid.* Sentencia N° 01854 del 20 de julio de 2006, caso: *Futurart, C.A.*).

Ahora bien, de acuerdo al análisis del presente caso, constata la Sala que éste se encuentra referido a un régimen de admisión temporal simple, conforme al cual las mercancías pueden ser introducidas al territorio aduanero nacional con suspensión de los impuestos de importación y otros recargos o impuestos adicionales aplicables, a condición de que sean reexpedidas o, en su defecto, nacionalizadas; régimen que aparece regulado en los artículos 31, 34 y 37 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales .

Aunado a lo anterior, esta Alzada estima necesario analizar las normas concernientes a los trámites y procedimientos comunes al proceso de desaduanamiento de las mercancías independientemente de la operación aduanera de que se trate (Importación, exportación o tránsito) o del Régimen especial a que se encuentre sometida contenidas en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento.

En primer lugar, es menester señalar que cualquiera que sea el tráfico de mercancías en el territorio aduanero nacional, es decir, que se introduzca, extraiga o estén en tránsito en el país, es necesario someterla al control de la Aduana de la jurisdicción respectiva, control que ejecuta la aduana para determinar el régimen jurídico a que está sometida la mercancía y exigir el pago de los tributos respectivos, el cual requiere del cumplimiento del procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Aduanas para que quién acredite la propiedad de la mercancía pueda disponer de ella; entendiéndose que en materia de aduanas la propiedad se obtiene por medio de la declaración. La disposición de la mercancía a que se hace referencia es la posibilidad de utilizarla por haber sido introducida legalmente al país.

Así, los trámites y procedimientos comunes del desaduanamiento son: 1.- La Declaración de Aduanas; 2.- Confrontación y recepción de documentos; 3.- Reconocimiento; 4.- Liquidación de gravámenes; 5.- Pago; 6.- Retiro de la mercancía.

En conexión a lo anterior, pasa la Sala a analizar en el presente caso el procedimiento relativo a la Declaración de aduanas y al reconocimiento de las mercancías.

Con respecto a la *declaración* objeto de la operación aduanera de que se trate, es necesario señalar que con ella se inicia el proceso de desaduanamiento, toda vez que la declaración es un trámite que debe cumplir el interesado mediante la presentación de los documentos establecidos en la Ley para cada operación, es así como la Ley Orgánica de Aduanas prevé en su artículo 30 textualmente lo siguiente:

(omissis)

“Artículo 30.- Las mercancías objeto de operaciones aduaneras deberán ser declaradas a la aduana por quienes acrediten la cualidad jurídica de consignatario, exportador o remitente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su ingreso a las zonas de almacenamiento debidamente autorizadas, según el caso, mediante la documentación, términos y condiciones que determine el Reglamento.

Quienes hayan declarado las mercancías se considerarán a los efectos de la legislación aduanera, como propietarios de aquéllas y estarán sujetos a las obligaciones y derechos que se generen con motivo de la operación aduanera.

Cuando las mercancías sujetas a una operación aduanera hayan sido objeto de liberación o suspensión de gravámenes, de licencias, permisos, delegaciones, restricciones, registros u otros requisitos arancelarios, el consignatario aceptante o exportador o remitente, deberá ser el destinatario o propietario real de aquéllas”. (Destacado de la Sala).

Por su parte, el *reconocimiento* se encuentra previsto en los artículos 49 y siguientes de la Ley Orgánica de Aduanas, que prevé lo que de seguidas se transcribe:

(omissis)

Artículo 49.- El reconocimiento es el procedimiento mediante el cual se verifica el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el régimen aduanero y demás disposiciones legales a las que se encuentra sometida la introducción o la extracción de las mercancías declaradas por los interesados, conforme a la documentación exigida por esta Ley y su Reglamento para la aplicación de ese régimen...”.

“Artículo 50.- Cuando fuere procedente, formarán parte del reconocimiento las actuaciones de verificación de la existencia y estado físico de los efectos de la documentación respectiva, de identificación, examen, clasificación arancelaria, restricciones, registros u otros requisitos arancelarios, determinación del valor en aduana, certificados de origen, medida, peso y contaje de las mercancías, a que hubiere lugar.

Podrá realizarse el reconocimiento documental o físico de la totalidad de los documentos que se presenten ante la aduana.

Artículo 51.- *El reconocimiento se efectuará a los fines de su validez, con la asistencia del funcionario competente, quien tendrá el carácter de Fiscal Nacional de Hacienda...*

Artículo 52.- *Concluido el reconocimiento documental y/o físico, según sea el caso, se dejará constancia de las actuaciones cumplidas, de las objeciones de los interesados, si las hubiere, y de los resultados del procedimiento. No será necesario levantamiento de acta de reconocimiento cuando no hubieren surgido objeciones en el procedimiento respectivo, bastando la firma y el sello del funcionario competente. En caso de objeciones, el acta deberá ser suscrita por los comparecientes y uno de sus ejemplares se entregará al interesado al concluir el acto”.*

De la normativa transcrita se desprende las actuaciones que forman parte del reconocimiento documental que realizan los funcionarios reconocedores de la aduana, como son:

1.- Verificación que la información suministrada esté conforme y que la documentación consignada por el interesado cumpla con todos los requisitos legalmente establecidos para la operación aduanera de que se trate.

2.- Examen de la información técnica y comercial relativas al valor de las mercancías en aduana.

3.- Examen de la clasificación arancelaria.

4.- Examen de la documentación necesaria que respalde la liberación de gravámenes (exoneración, exención o régimen aduanero preferencial de ser el caso).

Circunscribiéndonos al caso bajo análisis, esta Alzada observa, de la revisión exhaustiva de la actas que conforman el expediente se desprende lo siguiente: que la sociedad de comercio Pdvsa Petróleo, S.A. ingresó al país el 24 de diciembre de 2003 la mercancía consistente en un buque tanquero-gasero, B.T. “SOMERSET”, de bandera británica, propiedad de AP MOLLER, año de construcción 1981, tonelaje bruto 14.102 TM, tonelaje neto 4.230 TM y, luego de transcurridos los cinco (5) días hábiles previstos para su declaración conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente y su Reglamento, procedió a declarar la aludida mercancía bajo el Régimen de Admisión Temporal ante la Gerencia Principal de la Aduana de Guanta-Puerto La Cruz del SENIAT el 08 de enero de 2004, cuando ya habían transcurrido 08 días hábiles de la llegada del buque, correspondientes a los días 26, 29, 30 y 31 de diciembre de 2003 y 2, 5, 6 y 7 de enero 2004, evidenciándose así claramente el incumplimiento por parte de la sociedad de comercio contribuyente de lo contemplado en la citada norma.

Este incumplimiento hizo que la Administración Aduanera Tributaria aplicara a la contribuyente la sanción de multa prevista en el artículo 120 literal f) de la Ley Orgánica de Aduanas, por no presentar la declaración en el lapso establecido.

De las actuaciones que anteceden, se aprecia que la Administración Aduanera Tributaria aplicó a la sociedad mercantil Pdvsa Petróleo, S.A. las multas tipificadas en la norma antes referida, al considerar que la citada contribuyente presentó su declaración ante la Aduana fuera del lapso previsto en la Ley, aunado a que el valor de la mercancía (buque) declarado por la empresa recurrente no correspondía al valor declarado en aduana. En tal sentido, la Sala no comparte la conclusión a la que arribó el Sentenciador de instancia al sostener que en los casos de régimen de admisión temporal simple no es aplicable la sanción de multa

establecida en el artículo 120 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas, por ello, esta Alzada estima procedente la denuncia formulada por la representación fiscal en cuanto al vicio de falso supuesto de derecho por errónea interpretación de la Ley, en consecuencia, declara con lugar el recurso de apelación ejercido por el Fisco Nacional contra el fallo definitivo N° 1357 dictado por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 28 de marzo de 2006, el cual se revoca en los términos expuestos en la presente decisión.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Potestad discrecional: Límites*

TSJ-SPA (0151)

13-2-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Astrazeneca Venezuela S.A. vs. Ministerio de Salud y Desarrollo Social, ahora Ministerio del Poder Popular para la Salud.

...En sintonía con lo anterior, esta Sala estima conveniente reproducir una vez más las consideraciones que se hicieron en el título concerniente a la aplicabilidad del Tratado G3, en el cual se dispuso que una interpretación armónica del aludido Tratado así como de las disposiciones de la Decisión 486, conduce a sostener que existe por parte de los Estados miembros la potestad discrecional de ponderar, atendiendo a las necesidades colectivas, si siempre o sólo en determinadas ocasiones, deben respetarse los cinco años que "...normalmente..." se conceden como período de protección a los laboratorios que introducen sustancias novedosas en el mercado.

De manera que, se reitera una vez más, que quien pretenda impugnar el ejercicio de la potestad discrecional así entendida, deberá en todo caso cumplir con la carga de demostrar que en su supuesto particular no se verificaban las condiciones especiales que justificaban una reducción del aludido plazo y por consiguiente, el Estado habría afectado injustificadamente los intereses económicos de un determinado grupo o persona. No obstante, de no verificarse lo anterior, en modo alguno podría cuestionarse, a juicio de este órgano jurisdiccional, la autorización del medicamento genérico, cuyo costo menos elevado permite que un mayor número de la población tenga mejor acceso al progreso científico, toda vez que ello conllevaría a legitimar una violación al derecho humano a la salud.

Empero, conviene advertir que tampoco se persigue consagrar una potestad ilimitada del Estado, ya que el empleo de ésta, sin lugar a dudas, deberá realizarse atendiendo a la debida proporcionalidad que como bien lo ha referido parte de la doctrina "...es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes...". (Vide. Pietro, L., 2002, p. 65-66. Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra – Editores).

Específicamente, conviene traer a colación el tema de la proporcionalidad en sentido estricto que "...supone ponderar entre daños y beneficios, es decir acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho..." (Pietro, L. 2002, p. 66-67).

Tal ponderación resulta de vital importancia, puesto que la autorización concedida para el expendio de los medicamentos genéricos en modo alguno puede exponer al público

consumidor a la obtención de fármacos que han sido elaborados en condiciones inseguras y cuyos efectos secundarios aún no hayan sido comprobados.

De manera que permitir la comercialización de estos medicamentos antes del plazo de protección "...normalmente..." razonable no es óbice para que se descuiden los controles de calidad y eficacia de los productos farmacéuticos, ya que de ser ese el caso, el fin superior que motivó el expendio del medicamento genérico, esto es, la satisfacción de una necesidad pública, como es el abastecimiento a la población de tales productos, se vería igualmente lesionado al no garantizarse los aludidos controles de inspección y calidad.

Lo mismo ocurriría si la Administración constantemente y sin que medien razones justificadas que así lo ameriten, autorizara antes del posible lapso de protección, la comercialización de los productos genéricos, ya que ello podría incidir negativamente en las invenciones de sustancias novedosas.

De ahí que la Administración debe ser sumamente cuidadosa y proceder con criterios de extrema prudencia, a objeto de no conceder tales autorizaciones sino únicamente cuando medien razones de urgencia o necesidad.

2. *Los Actos Administrativos. Noción*

TSJ-SPA (0006)

9-1-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Alimentos Arcos Dorados de Venezuela, C.A. vs. Dirección de Administración Tributaria del Municipio Chacao del Estado Miranda.

La existencia de motivos tanto de hecho como de derecho y la adecuada expresión de los mismos, se constituye en elementos esenciales de la noción de acto administrativo.

Los apoderados judiciales del Municipio Chacao del Estado Miranda denuncian que el tribunal de instancia incurre en el vicio de falso supuesto en la sentencia apelada, en razón de que los actos impugnados no están inmotivados, ni la Administración Tributaria Municipal violó el precedente administrativo al reclasificar la actividad comercial ejercida por la contribuyente.

Referente al argumento de inmotivación, explica la representación municipal que es criterio reiterado por la jurisprudencia que tal vicio sólo produce la nulidad del acto "...cuando el interesado realmente no ha tenido posibilidad evidente de conocer las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta..." y que de la lectura del recurso contencioso tributario se concluye que la recurrente conocía las razones de hecho y de derecho de la resolución impugnada.

Visto lo anterior, la Sala observa lo siguiente:

Respecto a la motivación del acto administrativo, establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 9, la obligación de motivarlos, excepto los de simple trámite, por lo cual el mismo debe hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales que llevaron a pronunciarse en uno u otro sentido.

Igualmente, en el artículo 18 de la citada Ley, al indicar los requisitos que debe contener todo acto administrativo, señala en su ordinal 5, lo siguiente:

"...expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes..."

Por otro lado, el artículo 191 del Código Orgánico Tributario vigente, al establecer las especificaciones de la resolución que culmina el procedimiento sumario administrativo, menciona en sus numerales 3 y 6, las siguientes:

“omissis..

3. Indicación del tributo, período fiscal correspondiente y, en su caso, los elementos fiscalizados de la base imponible;

Omissis..

6. Fundamentos de la decisión;

Omissis.. ”

De las normas parcialmente transcritas se observa la voluntad del legislador de instituir uno de los principios rectores de la actividad administrativa, lo cual permite adecuar su función dentro de los límites que la ley le impone. Tal exigencia consiste, y así lo ha sostenido innumerable jurisprudencia de este Alto Tribunal, en que los actos que la Administración emita deberán ser debidamente motivados, es decir, señalar en cada caso el fundamento expreso de la determinación de los hechos que dan lugar a su decisión, de manera que el administrado pueda conocer en forma clara y precisa las razones fácticas y jurídicas que originaron tal solución, permitiéndole oponer los alegatos que crea pertinente a fin de ejercer su derecho a la defensa.

Por otra parte, se ha reiterado que se da también el cumplimiento de tal requisito, cuando la motivación esté contenida en su contexto, es decir, que la motivación se encuentre dentro del expediente, considerado en forma íntegra y formado en virtud del acto de que se trate y de sus antecedentes, siempre que el administrado haya tenido acceso a ellos y conocimiento oportuno de los mismos; siendo suficiente, en algunos casos, que sólo se cite la fundamentación jurídica, si ésta contiene un supuesto unívoco y simple. De manera tal, que el objetivo de la motivación, en primer lugar, es permitir a los órganos competentes el control de la legalidad del acto emitido y, en segundo lugar, el hacer posible a los administrados el ejercicio del derecho a la defensa.

Así, la existencia de motivos tanto de hecho como de derecho y la adecuada expresión de los mismos, se constituye en elementos esenciales de la noción de acto administrativo.

Ahora bien, circunscribiéndonos al caso de autos, se observa que la fiscalización practicada por la funcionaria Belzaith Clareth Martínez Torres, antes identificada, arrojó un reparo al evidenciar que la contribuyente aun cuando estaba autorizada para ejercer actividad comercial por un solo código (63101, Restaurantes, con una alícuota del 1,00%), ejerció y desarrolló las actividades económicas previstas bajo los siguientes códigos: **N° 63110**, Restaurantes, cafés, fuentes de soda sin expendio de cerveza y vino, con una alícuota del 2,00% y **N° 94919**, otros servicios de diversión y esparcimientos, con una alícuota 1,25%, verificándose con ello que obtuvo ingresos brutos por la actividad económica dirigida a la **“...Preparación y Servicio en Barra de Comida Rápida, Refrescos, Helados, Postres, Celebración de Fiestas Infantiles y Promociones.”** (Resaltado del acta fiscal).

Del contenido del Acta se advierte que, conforme a lo dispuesto en los artículos 46 al 48 de la Ordenanza de Reforma Parcial a la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio No. 039-03 de fecha 14 de marzo de 2000, publicada en la *Gaceta Municipal del Municipio Chacao Extraordinaria* N° 2945, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 112, 114, 118, 119, 142 y 144 del Código Orgánico Tributario vigente, la fiscal actuante evidenció que sobre las actividades económicas que la contribuyente ha venido desarrollando durante los

períodos comprendidos entre el 1° de octubre de 1996 y el 30 de septiembre de 2000, gravables para los años 1998, 1999, 2000 y 2001, debía ajustarse la alícuota por cambio de código de la actividad, en razón de que “...en la realidad la empresa se dedica a la Preparación de Comida Rápida, actividad que no se encuentra contemplada con exactitud dentro del Clasificador de Actividades de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio vigente del Municipio Chacao; resaltando que la actividad desarrollada no tiene Servicio de Comida en Mesas, funcionando así de manera similar a una Fuente de Soda, tiene servicio en Barra y no cuenta con el Servicio de Mesoneros. En base a los argumentos mencionados es por lo que se procede a reclasificar la actividad económica del contribuyente al Código N° 63110 correspondiente a **RESTAURANTES, CAFES, FUENTES DE SODA SIN EXPENDIO DE CERVEZA Y VINOS**, adicionalmente el Contribuyente realiza Fiestas Infantiles y ofrece Promociones Infantiles que incluyen un juguete (Cajita Feliz), actividad esta que es reclasificada en el Código N° 94919, correspondiente a **OTROS SERVICIOS DE DIVERSIÓN Y ESPARCIMIENTO NO CLASIFICADOS EN OTRA PARTE**, en virtud de las facultades establecidas en el Artículo 29 de la Ordenanza de (sic) Patente de Industria y Comercio. ...”. (Resaltado del texto transcrito).

Igualmente, se observa en la impugnada Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo N° L/074.09/2002, que la Administración Tributaria Municipal en la parte motiva del acto, luego de analizados y desestimados cada uno de los puntos que fueron denunciados en el escrito de descargos y sostener la procedencia del reparo, “[confirma] el Acta Fiscal D.R.M.-D.A.F.: 0684-0495-2001, de fecha 28 de septiembre de 2001, debidamente notificada en fecha 02 de octubre de 2001, y el monto del reparo fiscal correspondiente a los períodos fiscales de 1996/1997, 1997/1998, 1998/1999 y 1999/2000, gravables para los años 1998, 1999, 2000 y 2001, por la cantidad de **NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO BOLÍVARES CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (Bs. 91.162.698,57)...**”.

Ahora bien, en razón a que el acta fiscal es un acto administrativo de carácter procedimental a través del cual la Administración Tributaria, en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y control, inicia el procedimiento administrativo para determinar la obligación tributaria o imponer las sanciones a que diera lugar y en la cual se deja constancia de los hechos y circunstancias que, presuntamente ciertos, configuran la situación jurídica del sujeto pasivo; es ésta el basamento fundamental que debe considerar la Administración para emitir la resolución que culmina este procedimiento, siempre que exprese las razones de hecho y de derecho que la llevaron a tomar tal decisión.

Así, analizadas como han sido tanto el acta fiscal como la indicada resolución, esta Sala advierte que dicha acta verificó *en la realidad* que si bien la actividad comercial de la contribuyente no se encuentra contemplada con exactitud dentro del Clasificador de Actividades de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio vigente del Municipio Chacao, evidenció que dicha actividad comercial “...no tiene Servicio de Comida en Mesas, funcionando así de manera similar a una Fuente de Soda, tiene servicio en Barra y no cuenta con el Servicio de Mesoneros...” conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la mencionada ordenanza, procedió a reclasificar la actividad económica en los Códigos N° **63110** (Restaurantes, cafés, fuentes de soda sin expendio de cerveza y vino, con una alícuota del 2,00%), y N° **94919** (Otros servicios de diversión y esparcimientos, con una alícuota 1,25%), “...por cuanto realiza Fiestas Infantiles y ofrece Promociones Infantiles que incluyen un juguete (Cajita Feliz).”.

Igualmente constató que tales actividades habían sido ejercidas en los años fiscalizados, a saber, los períodos fiscales de 1996/1997, 1997/1998, 1998/1999 y 1999/2000, gravables para los años 1998, 1999, 2000 y 2001, respectivamente, estableciéndose un reparo por la cantidad de Bs. 91.162.698,57, conforme a los cuadros anteriormente descritos.

Aprécia la Sala entonces, que el Municipio Chacao del Estado Miranda se pronunció respecto a los supuestos de hecho que originaron el reparo, dando a conocer las razones que fundamentó para efectuar tales cambios en la clasificación, señalando los motivos por los cuales la actividad de la empresa debió haber sido reclasificada, a saber, “...no tiene Servicio de Comida en Mesas, funcionando así de manera similar a una Fuente de Soda, tiene servicio en Barra y no cuenta con el Servicio de Mesoneros...” además que “...realiza Fiestas Infantiles y ofrece Promociones Infantiles que incluyen un juguete (Cajita Feliz).”.

En atención a lo precedentemente expuesto, esta Sala observa que contrariamente a lo afirmado por el *a quo*, efectivamente se encuentran reflejadas en los actos impugnados las razones de hecho y de derecho que llevaron al Municipio Chacao del Estado Miranda a confirmar el reparo formulado a cargo de la contribuyente, por lo que considera esta Sala procedente el vicio de falso supuesto de hecho denunciado por la representación judicial del referido municipio, debido a que los actos impugnados se encuentran motivados. Así se declara.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Órganos

A. Tribunal Supremo de Justicia: Sala Político Administrativa .Competencia

TSJ-SPA (0136)

30-1-2008

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. (GLOBOVISIÓN) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

Corresponde a la Sala Político Administrativa conocer de los actos dictados por el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En la oportunidad para decidir, se observa que el objeto del recurso es la abstención en la que, a juicio de la parte actora, incurrió el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en lo que respecta a la solicitud de fecha 26 de noviembre de 2004 para el otorgamiento de la habilitación especial para enlaces Punto a Punto con equipos de microondas portátiles en la banda de 12 Ghz. en la zona de Caracas.

Por su parte la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se declaró incompetente para conocer del mencionado recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual es del siguiente tenor:

“(...) Las decisiones que adopte el Consejo Directivo y el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones serán recurribles directamente ante el Ministro de Infraestructura o ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a opción del interesado. En el primer caso, el recurso deberá ejercerse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acto y no podrá recurrirse ante la Sala Político Administrativa hasta tanto se haya adoptado la decisión correspondiente, o se haya vencido el lapso para decidir el mismo, sin que exista pronunciamiento alguno al respecto” (Resaltado de la Sala).

Atendiendo a la norma parcialmente citada, es evidente que corresponde a esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento del presente recurso. Así se decide.

Establecida la competencia de esta Sala, se ordena la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación a los fines de su pronunciamiento acerca de la admisibilidad del recurso contencioso con prescindencia de la competencia ya analizada en este fallo. Así se declara.

B. *Juzgados Superiores Contencioso Administrativos: Actos de la Alcaldía Metropolitana*

TSJ-SC (452)

28-3-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Asociación Benéfica Libanesa y Siria vs. Decisión dictada el 31 de julio de 2007 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

La Sala Constitucional modifica el precedente establecido en la Sentencia N° 61 del 23 de enero de 2007 (caso: “Juan Pablo Torres Delgado y otro”), y establece el criterio vinculante en virtud del cual los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo son los competentes para conocer en primera instancia de los recursos contencioso administrativos de nulidad ejercidos contra los actos administrativos dictados por la Alcaldía Metropolitana de Caracas, como órgano del poder público municipal, y las Cortes conocerán como segunda instancia, en aras de hacer efectiva la letra de la Constitución y privilegiar la competencia de los órganos jurisdiccionales locales.

No obstante, la acción de amparo constitucional se ejerció contra una decisión judicial y, en tal sentido, ha sido criterio reiterado de esta Sala que este tipo de demanda constituye un mecanismo procesal con características que la diferencian de las demás pretensiones de amparo, así como de las otras vías existentes para la impugnación de los actos que emanen de los órganos jurisdiccionales, razón por la cual a las demandas de amparo constitucional contempladas en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se le han señalado especiales presupuestos para su procedencia, cuyo incumplimiento acarrea la desestimación de la pretensión, incluso *in limine litis*, en atención a los principios de celeridad y economía procesal.

En este sentido, se advierte que en el presente caso estamos en presencia de un amparo contra decisión judicial, previsto en el artículo 4 *eiusdem*, disposición según la cual dicho amparo procede cuando el juez ha actuado “fuera de su competencia”, de manera que “lesione un derecho constitucional”.

Respecto a tales requisitos, esta Sala en sentencia N° 1.019 del 11 de agosto de 2000 (caso: “Nardo Antonio Zamora”), estableció lo siguiente:

“Del análisis del artículo transcrito, y buscando salvaguardar la integridad de la cosa juzgada y, por tanto, la seguridad jurídica, la jurisprudencia patria ha señalado que para que proceda la acción de amparo contra actos jurisdiccionales deben concurrir las siguientes circunstancias: (i) que el juez del cual (sic) emanó el acto presuntamente lesivo haya incurrido en una grave usurpación de funciones o abuso de poder (incompetencia sustancial); aunado a ello, (ii) que tal proceder ocasione la violación de un derecho constitucional (acto inconstitucional), lo que implica que no es recurrible por amparo aquella decisión que

simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal; y, finalmente, como requisito adicional (iii) que se hayan agotado todos los mecanismos procesales existentes, o que los mismos resulten inidóneos para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado”.

Ello así, se advierte de las actas cursantes en el expediente que el ciudadano Fidel Alejandro Montañéz Pastor, en su condición de apoderado judicial de la sociedad civil Asociación Benéfica Libanesa y Siria, interpuso ante el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo contenido en el Decreto N° 000332 del 20 de septiembre de 2006, suscrito por el Alcalde Metropolitano de Caracas, mediante el cual se declaró “[la] adquisición forzosa para la ejecución a cargo de la Alcaldía Metropolitana de Caracas del Proyecto ‘DOTACIÓN DE VIVIENDAS PARA LAS FAMILIAS QUE HABITAN EN CONDICIÓN DE ARRENDATARIOS EN INMUEBLES UBICADOS EN EL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS’, de una parcela de terreno y la edificación sobre él construida denominada Edificio ‘LA PAZ’, situada en la Sección Tercera de la Urbanización Bello Monte Municipio Baruta del Estado Miranda, con frente hacia el Sur sobre la calle Miguel Ángel de la mencionada Urbanización. Dicha parcela está distinguida con el N° 516 en el Plano General de la urbanización Bello Monte (...) y, en consecuencia, ordenó ‘(...) la ocupación temporal del bien inmueble (...)’ (...)”.

Ello así, previa distribución, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, se declaró incompetente para conocer dicho recurso contencioso administrativo de nulidad, declinando la competencia en la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, el 12 de marzo de 2007, el hoy accionante interpuso ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo, regulación de competencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, por lo que el 14 de marzo de 2007, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital remitió copia certificada del expediente contentivo de dicha causa.

En virtud de ello, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se declaró competente para conocer la solicitud de regulación de competencia y, en consecuencia, declaró competente a la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para conocer del referido recurso contencioso administrativo de nulidad, ello en virtud de la sentencia de esta Sala N° 61 del 23 de enero de 2007 (caso: “*Juan Pablo Torres Delgado y otro*”), en la cual se señaló lo siguiente:

“(…) En el presente caso, la parte actora ha solicitado la nulidad -por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad- de un Decreto del Alcalde Metropolitano, concretamente el No. 000266 del 6 de junio de 2006, por el cual se declaró la afectación de dos lotes de terrenos que comprenden los sectores Caraballo, El Retiro, Los Cujicitos, Los Dos Cerritos, Santa Elena, Cotiza y La Trilla, para la ejecución del Proyecto Desarrollo Endógeno Urbanístico San José del Ávila, acto éste que si bien calificó como dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, de su texto se desprende que aun cuando en el mismo se invoca un artículo de la Constitución, ello *per se* no significa que responda a la ejecución inmediata y directa de una atribución o competencia constitucional.

En tal sentido, esta Sala de manera reiterada ha asentado que la vigente Constitución deslindó claramente, a diferencia del régimen anterior, la jurisdicción constitucional de la contencioso-administrativa, de manera que sólo se incluye dentro de la primera a los actos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y dentro de la segunda a todo acto sub-legal, aunque en él se denuncien vicios de inconstitucionalidad.

Así, la jurisdicción constitucional se define según los actos impugnables y, en ese sentido, sólo abarca actos con rango de ley, provengan de la Asamblea Nacional, del Presidente de la República o de órganos deliberantes estatales y municipales, siempre que emanen como aplicación directa e inmediata del texto constitucional. La jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, está concebida para conocer de actos sub-legales, sin importar el vicio que se les impute. En tal virtud, no es la violación de una norma fundamental lo que permite a la jurisdicción constitucional conocer de un acto, como sucedía con anterioridad, sino la jerarquía del mismo. Por ello, un acto sub-legal, así se le imputen variados vicios de inconstitucionalidad, no corresponderá a la jurisdicción constitucional, asignada a esta Sala en el artículo 334 constitucional.

Esta Sala, pues, conoce sólo de la jurisdicción constitucional definida en los términos que se han expuesto. En efecto, el mencionado artículo 334 le ha reservado el conocimiento de las acciones de nulidad intentadas contra “las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla”. El siguiente hace una enumeración de los casos que son competencia de esta Sala y, en materia de nulidad, sólo prevé la posibilidad de conocer de los recursos intentados contra “las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional”, contra “las Constituciones y leyes estatales” y “las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución”, contra “los actos con rango de Ley dictados por el Ejecutivo Nacional” y contra los actos, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, “dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público”.

De allí que, en principio, la intención del Constituyente de 1999 fue la de reservar a esta Sala el conocimiento de todos los actos de cualquier órgano del Poder Público -nacional, estatal o municipal-, que sean ejecución directa e inmediata de la Constitución, excluyendo el de las demandas contra actos de rango sub-legal, salvo casos excepcionales, en atención al artículo 5.50 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de que se trate de la pretensión de nulidad de un acto administrativo conjuntamente con la nulidad de la norma legal que le sirve de base, que no es el supuesto de autos.

Ahora bien, la parte actora calificó al Decreto N° 000266 como acto de rango legal, partiendo de la premisa de que en sus considerandos se invocó una disposición constitucional, aparte de algunas legales.

Al respecto, apunta esta Sala que el rango legal de un acto no deriva del hecho de que su autor invoque normas constitucionales como fundamento de su competencia, sino de que efectivamente el acto de que se trate sea ejecución directa e inmediata de la Constitución. Los actos de rango legal pertenecen generalmente a la esfera de los órganos parlamentarios, independientemente del nivel territorial.

El Decreto impugnado a tenor de lo establecido en el artículo 54.4 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, es un acto administrativo de efecto general dictado por el alcalde - en este caso del Alcalde Metropolitano- en ejercicio de poderes típicamente administrativos, razón por la cual los demandantes yerran en la calificación del rango del acto impugnado.

Siendo ello así, esta Sala Constitucional resulta incompetente para conocer del presente recurso. En consecuencia, declina su conocimiento en la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia (...).

Ello así, se advierte que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, dictó su fallo en apego al criterio de distribución de competencias anteriormente establecido por esta Sala, motivo por el cual correctamente declinó en esta última el conocimiento del recurso

contencioso administrativo de nulidad ejercido por la hoy accionante contra el Decreto dictado por el Alcalde Metropolitano de Caracas.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala aprecia que en el caso de autos no se evidencia violación a derecho constitucional alguno, toda vez que la actuación desplegada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, estuvo ajustada a derecho, en virtud de que no actuó con abuso de poder, extralimitación o usurpación de funciones, es decir, no actuó fuera de los límites de su competencia, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que en aras del principio de celeridad y economía procesal, debe esta Sala desestimar las denuncias formuladas y declarar improcedente *in limine litis* la acción de amparo constitucional ejercida. Así se declara.

Sin embargo, del examen detenido de los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; particularmente, del mandato relacionado con la descentralización del Poder Judicial (Artículo 269 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) como mecanismo que coadyuve a la prestación de servicio de una administración de justicia accesible, expedita y eficaz (Artículo 26 *eiusdem*) y a fin de dar cumplimiento a la parte final del artículo 259 *eiusdem*, cuando señala el deber del Estado de “(...) *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”, conduce a la Sala a revisar por orden público constitucional el criterio jurisprudencial antes aludido.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, surgió un vacío legislativo derivado de la falta de un instrumento legal específico como la Ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que ante dicho silencio, así como de la inexistencia de una Ley, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como ente rector de la jurisdicción contencioso administrativa dictó entre otras la sentencia N° 1.900/2004, dejando sentado cuáles son los tribunales que integran la jurisdicción contencioso administrativa y delimitando el ámbito de competencias que deben serle atribuidas a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo, siguiendo a tales efectos los criterios competenciales de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, todo ello armonizado con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y los principios contenidos en el Texto Constitucional vigente.

En tal sentido, la sentencia N° 1.900 del 27 de octubre de 2004 (caso: “Marlos Rodríguez”), dictada por la Sala Político Administrativa en ponencia conjunta, señaló lo siguiente:

“(...) Establecido el orden de los tribunales que integran la jurisdicción contencioso-administrativa, pasa la Sala a delimitar específicamente, el ámbito de competencias de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, piezas fundamentales para alcanzar el enunciado constitucional de descentralización judicial, acercando la justicia a la vida local, lo cual a su vez procura la persecución de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva.

Así, establecía el artículo 181 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

‘Artículo 181. Mientras se dicte la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares,

emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, si son impugnados por razones de ilegalidad.

Cuando la acción o recurso se funde en razones de inconstitucionalidad, el Tribunal declinará su competencia en la Corte Suprema de Justicia.

En la tramitación de dichos juicios los Tribunales Superiores aplicarán en sus casos, las normas establecidas en las Secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II, Título V, de esta Ley.

Contra las decisiones dictadas con arreglo a este artículo, podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, para ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo a que se refiere el artículo 184 de esta Ley’.

Al respecto, pese a que la letra del artículo arriba transcrito limitaba la competencia de los Tribunales Superiores Contenciosos a aquellos casos en los que se alegaran razones de ilegalidad, la Sala, haciendo una interpretación del alcance de la aludida norma, a la luz de los nuevos postulados propuestos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dejó sentado en la sentencia N° 2681 de fecha 14 de noviembre de 2001 (Caso: *José Luis Rodríguez Díaz y otros vs. Alcalde del Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta*), que, en definitiva, los Juzgados Superiores Contenciosos conocerían de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de autoridades regionales, cuando se alegare cualquier contrariedad a derecho, esto es, tanto vicios de ilegalidad, como de inconstitucionalidad (...).

... *omissis* ...

Finalmente, y con base a todo lo anteriormente expuesto, mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, será competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo:

(...)

3°. Conocer de las acciones o recursos de nulidad, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, contra los actos administrativos emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción (...).”

Atendiendo a lo expuesto, debe señalarse que el artículo 181 de derogada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, atribuía a los Juzgados o Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares o generales emanados de autoridades estatales o municipales, de cuyas decisiones se oíría apelación ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo, quedando excluidos de dicha competencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la de decretar la nulidad de las constituciones y leyes estatales, ordenanzas municipales y todo acto de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta, competencia que corresponde a la Sala Constitucional, así como los actos administrativos de contenido tributario.

Ahora bien, visto lo anterior esta Sala advierte, con respecto a la competencia de la Sala Político Administrativa para conocer de los recursos contencioso administrativos de nulidad ejercidos contra actos administrativos de efectos particulares o generales dictados por el Alcalde Metropolitano de Caracas, que resulta necesario revisar una vez más, la naturaleza del Distrito Metropolitano de Caracas, como ente político-territorial, a los efectos de establecer la competencia de los órganos del poder judicial ante los cuales deben proponerse las acciones que contra éste sean ejercidas por los administrados.

En tal sentido, es conveniente recordar que esa entidad político territorial ha sido calificada por la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, como una manifestación del Poder Público Municipal.

En efecto, esta Sala en sentencia N° 1.563 del 13 de diciembre de 2000 (caso: “*Alfredo Peña*”), al decidir el recurso de interpretación de la Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, que ejerciera el Alcalde de la prenombrada entidad, estableció al analizar este punto, lo que se transcribe seguidamente:

“(…) En consecuencia de lo expuesto, la Sala considera que el Distrito Metropolitano de la Ciudad de Caracas, es un sistema especial semejante a la de los Distritos Metropolitanos contemplados en la Constitución, y en la Ley Orgánica del Régimen Municipal, cuyo objeto es fusionar varios municipios y entes territoriales (Distrito Capital) para un nuevo desarrollo de gobierno municipal.

El Distrito Metropolitano de Caracas, quedó conformado como unidad territorial por el Municipio Libertador del antiguo Distrito Federal y por el territorio de los Municipios Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo del Estado Miranda.

Ese Distrito Metropolitano, como unidad político-territorial de la ciudad de Caracas, goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y las leyes, por lo que le es aplicable, en lo posible, las normas sobre los Distritos Metropolitanos, más las que le sean propias a este especial ente, y se trata de una específica manifestación del Poder Público Municipal (…)

Ahora bien, dicho criterio fue ratificado por la Sala Político Administrativa mediante sentencia N° 538 del 2 de abril del 2002 (caso: “*Síndico Procurador Municipal del Municipio Libertador del Distrito Capital*”), en la cual se expuso lo siguiente:

“(…) Dilucidado lo anterior, se constata que en el presente caso, se ha impugnado por ante esta Sala dos actos administrativos de efectos generales, emanados de un ente del Poder Público Municipal, como es la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, los cuales son los contenidos en los Decretos N° 45 y 051 y que tienen como objeto la regulación de todo lo relacionado con la gestión, fijación de tarifas, prestación y suministro de servicios, control y supervisión del Parque Los Caobos y del Parque El Calvario; por estimar los apoderados judiciales del recurrente que los mismos adolecen de vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad.

Con fundamento en lo anterior y al estar en presencia de un recurso de nulidad basado en razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, contra actos emanados de una autoridad municipal, considera esta Sala, con base a los criterios ya expresados, que la competencia para conocer de los mismos corresponde a un Juzgado Superior Regional Contencioso Administrativo y no a esta Sala Político-Administrativa (…)

De lo anteriormente expuesto se sigue forzosamente que el régimen jurídico que corresponde al Distrito Metropolitano de Caracas, es el de los municipios, por lo que en caso de los recursos contencioso administrativos de nulidad ejercidos contra los actos administrativos de efectos particulares o generales dictados por el Alcalde Metropolitano de Caracas, que no son dictados en ejecución directa de la Constitución, esta Sala establece que el conocimiento de los mismos corresponde a la jurisdicción contencioso, específicamente a los Juzgados Superiores Regionales en primera instancia y, en igual sentido, y para armonizar el criterio, en caso de apelación, la competencia en este supuesto corresponderá a las Cortes, quienes decidirán en segunda y última instancia los recursos contencioso administrativos de nulidad ejercidos.

Al respecto, conviene acotarse que según lo previsto en el numeral 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a la Sala Político Administrativa corresponde “Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango Nacional”.

Visto lo anterior, esta Sala advierte que el criterio que atribuye competencia a la Sala Político Administrativa para conocer de los actos administrativos de efectos generales dictados por el Alcalde Metropolitano de Caracas, no tiene sustento legal alguno e implica una subversión a las reglas de atribución de competencias en el contencioso administrativo, motivo por el cual, por orden público constitucional esta Sala modifica el precedente establecido en la sentencia N° 61 del 23 de enero de 2007 (caso: “*Juan Pablo Torres Delgado y otro*”), y establece el criterio vinculante en virtud del cual los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo son los competentes para conocer en primera instancia de los recursos contencioso administrativos de nulidad ejercidos contra los actos administrativos dictados por la Alcaldía Metropolitana de Caracas, como órgano del poder público municipal, y las Cortes conocerán como segunda instancia, en aras de hacer efectiva la letra de la Constitución y privilegiar la competencia de los órganos jurisdiccionales locales, a fin de garantizar el acceso para el justiciable, con la confianza de que este es un paso más dentro del desarrollo de los mecanismos judiciales de protección, pues acerca la justicia al pueblo y le permite gozar de una doble instancia.

Ello así, debe esta Sala recalcar que la competencia es materia de orden público no convalidable, que puede ser declarada en cualquier estado y grado de la causa, toda vez que a través de ella se garantiza a los justiciables el acceso a la justicia, el debido proceso, el juez natural y la doble instancia, por lo que las actuaciones de los órganos jurisdiccionales deben encaminarse a respetar la distribución competencial y los criterios establecidos al respecto, en aras de fortalecer el sistema judicial venezolano, obligación que sin duda exige a esta Sala, como parte de este Máximo Tribunal, dictar las medidas tendentes a alcanzar este fin.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala ordena a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, remitir al Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital que ejerza las funciones de distribución de ley, todas las causas, en el estado que se encuentren, referidas a los recursos contencioso administrativos de nulidad ejercidos contra actos administrativos de efectos particulares o generales dictados por el Alcalde Metropolitano de Caracas, como máxima autoridad del ente político territorial municipal, a fin de dar cabal cumplimiento con el criterio fijado en este fallo. Así se decide.

Es por ello, y atendiendo al criterio sentado en el presente fallo, si bien la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo decidió conforme la decisión N° 61/07 de esta Sala, la competencia para el conocimiento de la causa contentiva en el amparo que cursa en autos, referido al recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido por la sociedad civil Asociación Benéfica Libanesa y Siria contra el acto administrativo contenido en el Decreto N° 000332 del 20 de septiembre de 2006, suscrito por el Alcalde Metropolitano de Caracas, corresponde en primera instancia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos Regionales, para lo cual se ordena remitir de inmediato el presente expediente al Juzgado con dicha competencia que ejerza las funciones de distribución de ley en la prenombrada Circunscripción Judicial, para que ante dichos Juzgados se conozca del mismo y se tramite su sustanciación. Así se decide.

Establecido el anterior criterio de manera vinculante, esta Sala Constitucional ordena la publicación en Gaceta Oficial del presente fallo, y hacer mención del mismo en el portal de la Página Web de este Supremo Tribunal. Asimismo, se ordena remitir copia certificada de la presente decisión a la Sala Político Administrativa, a las Cortes de lo Contencioso Administrativo y a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Así se decide.

2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Admisibilidad: Agotamiento de la vía administrativa*

TSJ-SC (130)

20-2-2008

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Inversiones Martinique, C.A. Recurso de Revisión de sentencia de la Sala Político Administrativa

En virtud de la eliminación por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del requisito previo de agotamiento de la vía administrativa, como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares, esta Sala debe ser congruente con lo establecido en la referida Ley y no condicionar al que accede al órgano jurisdiccional a intentar el recurso jerárquico una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo, garantizando de esta manera la tutela judicial efectiva, el principio *pro actione* y el principio “antiformalista” consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En primer término, debe esta Sala destacar que la vía extraordinaria de revisión ha sido concebida como un medio para preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, o para corregir graves infracciones a sus principios o reglas (*vid. sents. 1760/2001 y 1862/2001*), lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia. Su extraordinariedad justifica la manera selectiva con que se juzga la procedencia de las solicitudes interpuestas, pues la Sala no está vinculada a las peticiones que se hagan en este sentido (*vid. sent. 44/2000, caso: Francia Josefina Rondón Astor*).

Ahora bien, en el presente caso se solicitó a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión, visto que la Sala Político Administrativa declaró sin lugar la apelación interpuesta por la parte solicitante, y confirmó la sentencia dictada el 2 de marzo de 2006 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por la representación judicial de Inversiones Martinique, C.A.

Para decidir, la Sala observa:

Esta Sala Constitucional en sentencia N° 957 del 9 de mayo de 2006 (caso: *Luis Eduardo Moncada Izquierdo*), dejó sentando el criterio relativo a que cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe, o bien esperar la respuesta expresa del recurso, o el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo que dispone el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así, en la referida sentencia N° 957/06, esta Sala estableció lo siguiente:

“(…) la Sala considera que, por cuanto el recurso de reconsideración no se pronunció sobre el fondo del asunto, el quejoso dispondrá de la pretensión contencioso administrativa para la satisfacción de su pretensión de tutela de derechos constitucionales; medio judicial que puede ser interpuesto sin que deba agotarse, de manera previa y obligatoria, la vía administrativa, puesto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia eliminó el requisito del agotamiento previo de la vía gubernativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares y la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal así ya lo ha precisado (Ver, entre otras, sentencias N° 786/2004, 944/2004 y 1609/2004); de forma tal que el justiciable pueda escoger entre acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa o el ejercicio de los recursos administrativos.

En este caso, el recurso de reconsideración fue decidido en los términos que se señaló precedentemente, por lo que, contra esa decisión o contra la que resuelva el asunto –o en el caso de que hubiera operado el silencio administrativo–, el administrado puede válidamente acudir a la sede judicial para la protección de su situación jurídica. La aclaratoria es pertinente, pues es deber de la Sala, como máxima intérprete y garante de la Constitución, garantizar el acceso a la justicia.

En efecto, es preciso aclarar que, por cuanto los actos administrativos inciden en la esfera jurídica de sus destinatarios desde que son dictados, por su carácter de ejecutividad y ejecutoriedad el interesado puede dirigirse a la sede judicial sin necesidad de agotamiento de la vía administrativa, pues esto último constituiría una interpretación contraria al principio constitucional *pro actione* (artículo 26 constitucional).

En decisión N° 97/2005, esta Sala, respecto de ese principio constitucional, señaló: ‘El alcance del principio *pro actione* (a favor de la acción) ha sido objeto de un sistemático tratamiento por parte de esta Sala. La conclusión que se puede extraer de las decisiones que han considerado el tema, es que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que ‘el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia’ (s.S.C. N° 1.064 del 19-09-00).’

Lo que sí debe quedar claro es que, cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe o bien esperar la respuesta expresa del recurso o el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo que dispone el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. (Subrayado nuestro)

Por otra parte, se observa que la decisión objeto de revisión se fundamentó en una sentencia de esta Sala Constitucional, del 16 de diciembre de 2004, (caso: *María Dorila Canelón y otros*), en el que se establecía que “(…) *el acceso previo a la vía administrativa era opcional para el recurrente, pero que en caso de haberse utilizado dicha vía, era impretermitible su agotamiento antes de acudir a la vía contencioso administrativa*”, la cual es de fecha anterior a la citada parcialmente *ut supra*, en la que se deja sentado el criterio relativo a que cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe o bien esperar la respuesta expresa del recurso o el silencio administrativo negativo, sin que pueda obligársele a ejercer el recurso jerárquico.

Ahora bien, considera esta Sala que es necesario dejar claro a fin de garantizar el principio *pro actione* consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, que las causales

de inadmisibilidad deben estar contenidas expresamente en el texto legal, por lo que no podrá declararse la inadmisibilidad de una acción o un recurso, sin que la causal se encuentre expresamente contenida en ley (*Vid.* Sentencia N° 759 del 20 de julio de 2000).

En este sentido, es oportuno indicar que en virtud de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, eliminó el requisito previo de agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares, esta Sala debe ser congruente con lo establecido en la referida Ley y no condicionar al que accede al órgano jurisdiccional a intentar el recurso jerárquico una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo, garantizando de esta manera la tutela judicial efectiva, el principio *pro actione* y el principio “antiformalista” consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

Así las cosas, considera esta Sala que la Sala Político Administrativa fundamentó su decisión en el hecho de que una vez que el particular hubiese decidido ir a la vía administrativa, debe agotarla como requisito de admisibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual vulnera el orden público y limita de manera indebida el acceso a la justicia, en los términos expuestos por esta Sala, toda vez que las causales de admisibilidad deben estar legalmente establecidas y no debe condicionarse al particular que accede al órgano jurisdiccional a cumplir con formalismos que no se encuentran establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que, en consecuencia, se debe declarar ha lugar la presente solicitud de revisión y ordenar a la Sala Político Administrativa que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a lo expuesto en este fallo, y así se decide.

En virtud de lo expuesto, esta Sala a fin de garantizar la uniformidad en la interpretación de normas y principios constitucionales y, en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas en materia de revisión, anula la sentencia que dictó el 30 de enero de 2007, la Sala Político Administrativa. Así se declara.

B. *Expediente administrativo*

TSJ-SPA (0061)

16-1-2008

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Carlos Rafael Alfonso Martínez vs. (Ministro de la Defensa) hoy Ministro del Poder Popular para la Defensa.

En cuanto a la formación y manejo de los expedientes administrativos la Sala Político Administrativa insta a la Administración para que cumpla con lo establecido en los Artículos 31 y 34 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

.... Respecto al expediente administrativo remitido por la Administración en copia certificada, este Máximo Tribunal observa que el referido expediente no está completamente foliado, no constan todas las actuaciones administrativas, ni se encuentran dichas actuaciones en orden cronológico, lo cual requirió un mayor esfuerzo por parte de esta Sala para su comprensión y recta decisión, por lo que -reiterando lo dispuesto en otros fallos (*Vid.* sentencias N° 220 y 506 del 7 de febrero de 2002 y 22 de marzo de 2007, respectivamente)-este Alto Tribunal insta a la Administración para que cumpla con lo establecido en los artículos 31 y 34 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la

formación y manejo de los expedientes administrativos, por cuanto tal expediente es la prueba fundamental que demuestra la legitimidad de sus actuaciones, la veracidad de los hechos y el fundamento de la decisión que ha tomado, en la que debe constar la totalidad de las actuaciones que conforman la averiguación administrativa, siguiendo un orden lógico y cronológico. Así se declara.

C. *Medidas Cautelares*

TSJ-SPA (0048)

16-1-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Inversiones Praiano, S.R.L., vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

La Sala Político Administrativa ratifica la necesaria coincidencia de los dos requisitos mínimos indispensables para el otorgamiento de las medidas cautelares ordinarias, existiendo tal excepción únicamente en el caso de los amparos cautelares.

En efecto, el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, siendo éste el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que presumiblemente posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso.

En este punto, cabe destacar que los recurrentes alegaron en su solicitud que “la Sala Constitucional ha establecido, en criterios vinculantes, que el requisito del *periculum in mora* es determinable con la sola verificación de la presunción de buen derecho analizado anteriormente, ante el riesgo de causar un perjuicio irreparable en definitiva. (Veáse sentencias N° 523/2000; 1293/2002 y 2733/2004).

Al respecto se observa que en ninguna de las mencionadas decisiones dictadas por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal con ocasión de los juicios tramitados en los expedientes números 00-0739, 01-1797 y 04-1544 respectivamente, se expresa el criterio indicado por la parte actora cuya transcripción está comprendida en el párrafo anterior, pues por el contrario en todas estas sentencias se ratifica la necesaria coincidencia de los dos requisitos mínimos indispensables para el otorgamiento de las medidas cautelares ordinarias, existiendo tal excepción únicamente en el caso de los amparos cautelares, en los que atendiendo a la naturaleza constitucional de los derechos debatidos, se entiende que la existencia de la presunción de buen derecho, configurada en ese caso por la inminencia de una violación a un derecho constitucional, es suficiente para considerar satisfechos los mencionados requisitos.

Así, la solicitud bajo análisis únicamente resultará procedente en el caso de que se verifique la existencia simultánea de los requisitos aludidos, pues la constatación de uno sólo de ellos no es suficiente para el otorgamiento de la protección que requieren los accionantes.

a. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

TSJ-SPA (0015)

9-1-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Cámara Venezolana de la Educación Privada (CAVEP) vs. Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y Ministerio del Poder Popular para la Educación.

Para la procedencia de la suspensión de efectos no basta con indicar que vaya a causarse un perjuicio sino que deben señalarse los hechos o circunstancias específicas que considere la parte afectada, le causan un daño o perjuicio irreparable, aportando al juicio los elementos suficientes que permitan al órgano jurisdiccional concluir objetivamente sobre su irreparabilidad por la definitiva. Significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución d el fallo y la presunción grave del derecho que se reclama.

Corresponde a esta Sala decidir sobre la medida solicitada, sin embargo como punto previo, se observa que la parte actora requirió la suspensión de los efectos del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, se advierte que en el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal prevé como medida típica en el aparte veintiuno del artículo 21, la suspensión de efectos del acto administrativo, a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva, exigiéndose a tal efecto, una caución suficiente a la parte solicitante para garantizar las resultas del juicio.

Así, a pesar de la imprecisión en que incurre la parte actora al fundamentar su solicitud tanto en el artículo 21 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, como en las normas que en materia de medidas cautelares innominadas se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Civil, estima la Sala que, visto que la misma persigue la suspensión del acto administrativo impugnado, corresponde en esta oportunidad revisar su procedencia, lo cual pasa a hacer en los siguientes términos:

Es criterio reiterado de este Alto Tribunal, que la suspensión de efectos de los actos administrativos a que se refiere el aparte veintiuno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una medida preventiva establecida en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad, se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del auto, porque ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

En este sentido, debe el Juez velar porque su decisión se fundamente no sólo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente.

Así, la norma prevista en el aparte veintiuno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone:

“El Tribunal Supremo de Justicia podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.”

Por tanto, la medida preventiva de suspensión procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal será favorable, a todo lo cual debe agregarse la adecuada ponderación del interés público involucrado; significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama.

En efecto, el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, por su parte, la presunción grave de buen derecho, es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso. Consecuentemente, el referido principio se encuentra necesariamente comprendido en las exigencias del aparte 21, artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela para acordar la suspensión de efectos, cuando alude la norma en referencia a que la medida será acordada “teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

Establecidos los anteriores lineamientos, pasa la Sala a verificar su cumplimiento en el caso concreto, y en tal sentido advierte que la parte accionante se limitó a solicitar la medida de suspensión de efectos del acto impugnado “para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación en la definitiva, al no poder adecuar los planteles privados, la matrícula y las mensualidades a la situación económica actual”.

Así pues, de un análisis del escrito recursivo, pudo constatar la Sala que además de las razones que se esgrimieron para fundamentar el recurso de nulidad incoado, no expuso la parte actora alegatos que puedan sustentar de manera idónea la solicitud bajo análisis.

En efecto, de la revisión efectuada tanto de la solicitud como de las actas que conforman el expediente y que fueron agregadas en copias al presente cuaderno separado, se advierte que no se señaló de manera concreta la naturaleza y extensión de los perjuicios o daños que presuntamente se le ocasionarían si no se suspendiesen los efectos del acto, pues, se reitera, no basta con indicar que vaya a causarse un perjuicio sino que deben señalarse los hechos o circunstancias específicas que considere la parte afectada, le causan un daño o perjuicio irreparable, aportando al juicio los elementos suficientes que permitan al órgano jurisdiccional concluir objetivamente sobre su irreparabilidad por la definitiva. (Vid. sentencia de esta Sala N° 1.206 del 11 de mayo de 2006, caso: *Asociación Venezolana de Educación Católica vs. Resolución Conjunta N° 84 emanada del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio y N° 50 del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes*).

En consecuencia, examinados los elementos presentes en el caso concreto, juzga la Sala ante la ausencia de fundamentos que sustenten la medida de suspensión de efectos solicitada, que debe necesariamente ser desestimada, siendo inoficioso el análisis y pronunciamiento respecto del otro supuesto de procedencia, pues su cumplimiento debe ser concurrente. Así se declara.

D. *Cartel de emplazamiento*

TSJ-SPA ACC (0100)

23-1-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Juan Carlos Furiati y Vicente Furiati vs. Junta de Regulación Financiera.

A los fines de garantizar el derecho a la defensa y debido proceso de la parte, el órgano jurisdiccional debía dejar constancia en el expediente, acerca de la expedición del cartel de emplazamiento.

Pasa esta Sala a decidir el recurso de apelación ejercido contra la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 18 de septiembre de 2003, mediante la cual dicha Corte ordenó la reposición de la causa al estado de dejar constancia en el expediente del cartel de emplazamiento de los terceros expedido en fecha 8 de julio de 2003, de conformidad con lo establecido con el artículo 125 de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable *ratione temporis*.

Ahora bien, se observa que la sentencia apelada se fundamenta en el hecho de que el Juzgado de Sustanciación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, incurrió en un error al no dejar constancia en el expediente, acerca de la expedición del cartel, lo cual, fue considerado por el *a quo* una formalidad esencial en el proceso y cuya omisión impidió a la parte recurrente estar debidamente informada de ese hecho, y en consecuencia de acceder al sistema de justicia.

El artículo 125 de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable *ratione temporis*, establecía:

“En el auto de admisión el Tribunal ordenará notificar al Fiscal General de la República y también al Procurador General de la República, caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida teniendo en cuenta la naturaleza del acto. Cuando lo juzgue procedente, el Tribunal podrá disponer también que se emplace a los interesados mediante un cartel que será publicado en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Caracas, para que concurran a darse por citados dentro de las diez audiencias siguientes a la fecha de publicación de aquél. Un ejemplar del periódico donde fuere publicado el cartel será consignado dentro de los quince días consecutivos siguientes a la fecha en la que aquél hubiere sido expedido y de no hacerlo dentro de dicho término, la Corte declarará desistido el recurso y ordenará archivar el expediente, a menos que alguno de los interesados se diere por citado y consignare el ejemplar de periódico donde hubiere sido publicado el cartel.” (Negrillas de la Sala).

El artículo antes transcrito, establecía un lapso de quince (15) días consecutivos siguientes a la fecha de expedición del cartel de emplazamiento para que el recurrente retire, publique y, posteriormente, consigne en autos un ejemplar del periódico donde conste dicha publicación, *so pena* de declarar el desistimiento tácito del recurso y el consiguiente archivo del expediente, si no se diere cumplimiento al mencionado procedimiento.

Precisado lo anterior, se desprenden de las copias certificadas del expediente sustanciado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, las siguientes actuaciones:

- 1.- El 6 de marzo de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se declaró competente para conocer del recurso de nulidad interpuesto conjuntamente con amparo constitucional por la representación judicial de los ciudadanos **JUAN CARLOS FURIATI**, y **VICENTE FURIATI**, antes identificados, en su propio nombre y como Directores del **BANCO CAPITAL C.A.**, contra la Resolución N° 004-1001 dictada en fecha 8 de octubre de 2001 por la entonces **JUNTA DE REGULACIÓN FINANCIERA**; admitió el recurso y declaró procedente la pretensión de amparo cautelar.

2.- Por auto de fecha 22 de abril de 2003, el Juzgado de Sustanciación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ordenó la notificación de los ciudadanos Fiscal General de la República y Procuradora General de la República. Asimismo, se estableció que *“En el día de despacho siguiente a que conste en autos la última de las notificaciones antes ordenadas, vencido que sea el término previsto para la notificación de la Procuradora General de la República, librese el cartel al cual alude el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual deberá ser publicado en el Diario ‘ El Universal’, señalamiento que se hace de conformidad con la previsión contenida en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente por remisión del artículo 88 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”*.

3.- Por auto de fecha 29 de julio de 2003, el Juzgado de Sustanciación ordenó la práctica del cómputo del lapso de quince (15) días continuos transcurridos desde el día 8 de julio de 2003, exclusive, fecha de expedición del cartel previsto en el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hasta el vencimiento de dicho lapso, actuación ésta que se encuentra foliada con el N° 291, según la numeración asignada por el *a quo*.

4.- A los folios 292 y 293 del expediente que cursaba en la referida Corte, constan autos de fechas 29 de julio de 2003, el primero, donde se efectúa el cómputo del lapso de quince días continuos transcurridos por la Secretaria del Juzgado de Sustanciación, y el segundo, por medio del cual, el Juzgado de Sustanciación ordenó pasar el expediente a la Corte, a los fines de la decisión correspondiente.

5.- Al folio 294 de ese mismo expediente, consta el cartel de emplazamiento a los terceros con fecha 8 de julio de 2003, y al folio 295, se evidencia que en fecha 30 de julio de 2003, se remitió el expediente a la referida Corte.

De lo antes expuesto, se constata que el cartel fechado 8 de julio de 2003, aparece consignado al folio 294 del expediente sustanciado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con posterioridad al auto del Juzgado de Sustanciación del 29 de julio de 2003, que riela al folio 293, por medio del cual se acordó pasar el expediente a la Corte a los fines de que dictase la decisión en relación al cumplimiento del lapso previsto en el artículo 125 *eiusdem*.

Adicionalmente, no hay evidencia de que con anterioridad a la fecha en la cual se ordena efectuar el cómputo, el Juzgado de Sustanciación de la referida Corte haya agregado algún auto por el cual se dejara constancia de que se había expedido el cartel en fecha 8 de julio de 2003 o haya consignado la copia o el original del referido cartel.

En tal sentido, como lo señaló el *a quo*, *“no cursa en autos actuación alguna por parte del Juzgado de Sustanciación de este Órgano Jurisdiccional mediante la cual se indique que en fecha 8 de julio de 2003 se haya librado el cartel al cual alude el artículo 125 de la norma en comento, así como tampoco se evidencia ningún salto en la foliatura del expediente que haga presumir a esta Corte el extravío de la mencionada actuación”*, todo lo cual determina que la parte recurrente no podía estar informada de que el cartel se había librado en fecha 8 de julio de 2003, a fin de retirarlo, publicarlo y consignarlo, ya que en el expediente no constaba dicha información.

Ahora bien, alega la parte apelante que no existe norma alguna en el texto de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni en la actual Ley del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que obligue al órgano jurisdiccional dejar constancia en autos del cartel expedido. Además, indica que si bien ello facilita la determinación de que el cartel existe, ello no es una formalidad indispensable, puesto que realizando el cómputo de los plazos establecidos en el auto de admisión, es

posible determinar cuándo será expedido el cartel, debiendo el accionante exigir la entrega del mismo para su publicación y posterior consignación.

Al respecto, esta Sala observa que a los fines de garantizar el derecho a la defensa y debido proceso de la parte, el órgano jurisdiccional debía dejar constancia *en el expediente*, acerca de la expedición del cartel a que hace referencia la ley, sea consignando el día en que fue emitido, una copia o un ejemplar del mismo, o mediante un auto donde se evidencie la fecha de su expedición o una nota de Secretaría, a los fines de que el recurrente pudiera conocer la fecha cierta a partir de la cual comenzaba a correr el lapso de los quince días establecidos para retirar, publicar y consignar el cartel de emplazamiento de los terceros, so pena de incurrir en el desistimiento tácito del recurso, conforme lo establecía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia aplicable para aquel momento.

Por ello, aun cuando la parte apelante alega que el cartel efectivamente fue librado en tiempo hábil según el Libro Diario del Juzgado de Sustanciación, dicha información debía constar en el expediente, a los fines de conocer la fecha cierta de tal actuación, como garantía de los derechos a la defensa y debido proceso de la parte recurrente.

De tal forma que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo reconociendo el error en que incurrió el Juzgado de Sustanciación, cuya omisión generó que el actor desconociese en qué momento fue emitido el cartel, y por tanto no pudiese retirarlo, procedió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, a revocar el auto de fecha 29 de julio de 2003, así como las actuaciones siguientes del Juzgado de Sustanciación y ordenó reponer la causa al estado de dejar constancia en el expediente del cartel expedido el 8 de mismo mes y año.

Ahora bien, con respecto a la orden antes señalada, esta Sala estima conveniente modificarla, en el sentido de que debe ser anulado el cartel expedido el 8 de julio de 2003, y ordenarse la reposición de la causa al estado de la expedición de un nuevo cartel, dejándose constancia del mismo en el expediente con la consignación de un ejemplar, a los fines de que a partir de la fecha de su emisión, se compute el lapso para su retiro, publicación y consignación. Así se decide.

E. *Informes*

TSJ-SPA (0061)

16-1-2008

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Carlos Rafael Alfonso Martínez vs. (Ministro de la Defensa) hoy Ministro del Poder Popular para la Defensa.

La Sala Político Administrativa reitera que en los juicios contencioso administrativos no es procedente la presentación de observaciones a los informes conforme lo pauta el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil.

Antes de efectuar el análisis del asunto debatido, esta Sala debe pronunciarse previamente sobre estos tres puntos: 1) el escrito de conclusiones consignado por la representación de la República; 2) la solicitud de inadmisibilidad del recurso hecha por el Ministerio Público, y 3) el expediente administrativo remitido por la Administración; en tal sentido, se observa lo que sigue:

1- Que posteriormente al acto de informes, realizado el 16 de junio de 2005, la sustituta de la Procuradora General de la República consignó en fecha 12 de julio de ese año su escrito

de “...observaciones a los informes orales presentados por la contraparte en fecha 16 de junio de 2005, de conformidad con lo previsto en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil...” (sic).

Al respecto, esta Sala ha expresado en causa análoga (Sentencia N° 04238, del 16 de junio de 2005, caso *Seguros La Previsora*) lo siguiente:

“Conforme al segundo párrafo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, la reglas del Código de Procedimiento Civil rigen de manera ‘supletoria’ en los procedimientos que cursen por ante este Máximo Tribunal, lo que implica que es la referida ley el instrumento normativo que debe aplicarse, preferentemente, en cada una de las actuaciones que lleva a cabo la Sala y sólo en caso de que no medie una norma en particular que regule la situación que se trate, es que se acudirá al mencionado código.

(...)

Ahora bien, de acuerdo con el párrafo noveno del mismo artículo 19 de la ley que rige a este Tribunal Supremo de Justicia, la presentación de los informes en la materia aquí tratada se efectúa de forma oral, constituyendo ello la última actuación de las partes en el proceso. En efecto, la aludida norma dispone lo siguiente:

‘Iniciada la relación de la causa, las partes deberán presentar sus informes en forma oral, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la hora que fije el Tribunal Supremo de Justicia. Al comenzar el acto de informes, el Presidente de la Sala respectiva señalará a las partes el tiempo de que disponen para exponer sus informes, y de igual modo, procederá si las partes manifestaren su deseo de hacer uso del derecho de réplica y contrarréplica. Los informes constituyen la última actuación de las partes en relación con la materia litigiosa que sea objeto del juicio o de la incidencia que se trate’. (resaltado de la Sala).

Del texto transcrito se desprende que es en el propio acto de informes, específicamente al momento de utilizar el derecho a réplica o contrarréplica, la oportunidad que tiene cada parte de referirse a lo expuesto por la contraria en sus informes, no siendo, por lo tanto, procedente la presentación de observaciones conforme lo pauta el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil. Esta aseveración, se reafirma cuando el referido texto legal expresa que los informes constituyen la última actuación de las partes en relación con la materia litigiosa.

En todo caso, es oportuno mencionar que al examinarse el escrito presentado por la abogada..., se evidencia que más que observaciones a los informes rendidos por la demandante, lo que se expresa son sus propios argumentos acerca de la controversia aquí tratada, desvirtuando de tal modo, lo que representa dicha figura procesal.

Así las cosas, debe la Sala establecer que por no ser procedente la realización de observaciones a los informes en el contexto del recurso de nulidad a que se contrae la presente causa, los alegatos esgrimidos por la citada abogada... en el mencionado escrito, no son objeto de valoración a los fines decisorios. Así se declara” (Resaltado del presente fallo).

Conforme a lo antes expuesto, y por cuanto el escrito de “...observaciones...” de la representación de la República fue consignado después de haberse realizado el acto de informes orales, esta Sala debe declarar que dicho escrito no será objeto de valoración a los fines decisorios (*Vid.* además sentencias N° 925, 1.499, 2.714 y 2.779, de fechas 6 de abril, 7 de junio, 29 de noviembre y 7 de diciembre de 2006). Así se declara.

F. *Sentencia. Apelación: Procedimiento ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo*

CSCA

28-2-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Oscar Alberto Carrizalez López vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM).

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo reexamina el procedimiento a seguir en los casos de las apelaciones que se interpongan ante ese órgano jurisdiccional.

Determinada la competencia, corresponde a este Órgano Jurisdiccional pronunciarse sobre la apelación interpuesta por el abogado Hernán Trujillo Boada, actuando con el carácter de apoderado judicial del ciudadano Oscar Alberto Carrizales López, contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital. No obstante, previo a ello, para realizar un pronunciamiento ajustado a derecho, resulta necesario delimitar en el presente caso el marco referencial axiológico, con el fin de constatar que se identifica de manera integral con el espíritu, propósito y razón del ordenamiento jurídico venezolano.

En este sentido, observa esta Corte que el Texto Constitucional establece de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 26, al tiempo que consagra como una manifestación concreta del mismo el derecho de toda persona a obtener con prontitud la decisión sobre la pretensión que plantea ante los Órganos Jurisdiccionales. Ahora bien, la posibilidad concreta de obtener una decisión pronta, una tutela judicial expedita, se puede decir que constituye una de las mayores inquietudes que se presentan en el campo del derecho procesal, pues confronta de manera directa la rapidez en que debe administrarse la justicia, con la seguridad jurídica que debe brindar todo proceso a las partes que se desenvuelven dentro de él, lo cual parecen ser dos posiciones incompatibles.

Esta circunstancia cierta, es planteada por el MONROY en términos definitorios al expresar "(...) la frase Justicia rápida y segura, produce el efecto de todas aquellas frases que no pueden ser demostradas, por lo tanto: o la elevamos a la categoría de dogma o, simplemente, prescindimos de ella por superficial" (Monroy, J. "Del mito del procedimiento ordinario a la tutela diferenciada", *Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*, Mérida: Casa Blanca, 2000, p. 72)

Ahora bien, tal como se destacó con anterioridad, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, parece inclinarse por la posibilidad de que sea materializable la propuesta de una justicia rápida y segura, sin que exista necesidad de dogmatizar tal frase sino representarla con signo objetivos de materialización, lo cual parece desprenderse de un conjunto de normas que establecen determinados derechos que poseen las partes dentro del proceso, y de pautas que deben cumplir los jueces al momento de administrar justicia.

En este orden de idea, el Constituyente de 1999 ha consagrado, para satisfacer la anhelada justicia rápida y segura, los siguientes derechos: el derecho de toda persona a obtener con prontitud la decisión correspondiente (Artículo 26) y, asimismo, dentro de las pautas establecidas como de obligatorio cumplimiento por el juez en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, se encuentra la garantía de brindar una justicia sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (Artículo 26, único aparte) y, por último, el establecimiento del proceso como instrumento para la realización de la justicia, y la

obligación de no sacrificar la misma por la omisión de formalidades no esenciales (Artículo 257 CRBV).

De esta forma, se aprecia cómo el Constituyente de 1999 ha ideado un conjunto de normas en función de lograr la rapidez dentro del trámite procesal, lo cual debe proyectarse en la satisfacción del anhelo de obtener la decisión de fondo con la mayor prontitud posible. Ahora bien, junto a lo anterior debe esta Corte observar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de satisfacer una justicia que además de expedita otorgue las garantías suficientes a las partes para la defensa de sus derechos, consagra igualmente el derecho al debido proceso, lo cual trae como consecuencia que los procedimientos legales deben adecuarse para resguardar las garantías procesales que, como derecho constitucional, conforman dicho derecho.

Sobre la base de lo anterior, deben prevalecer las garantías constitucionales que componen el debido proceso por encima de aquellas normas procesales de carácter legal, en los casos en que desconozcan algunas de estas garantías, toda vez que dentro del proceso debe asegurarse la igualdad y un debate que permita la contradicción o defensa, desarrollados de conformidad con las formas preestablecidas en el ordenamiento.

Lo anterior, la prevalencia de las garantías constitucionales en la tramitación de los procesos judiciales, es traída a colación por esta Corte por cuanto considera que existe de parte del juez, en aras de resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, una doble misión al aplicar los procedimientos legales para la resolución de las pretensiones, ya que por un lado deberá establecer la compatibilidad de éstos con respecto a las garantías constitucionales que conforman el debido proceso, a los fines de brindar oportunidad para el pleno ejercicio del derecho a la defensa de las partes y, por otra parte, deberá vigilar que los procedimientos judiciales respondan de manera satisfactoria a la pretensión del Texto Constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo la posibilidad de obtener una justicia expedita un índice revelador de su mayor satisfacción.

Vistas las consideraciones de marras, se observa que cursa al folio dieciséis (16) del expediente, la apelación interpuesta por el recurrente contra la decisión del Juzgado Superior Primero Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, que declara inadmisibles *in limine litis* el recurso contencioso administrativo funcional inicialmente intentado, sobre la base de la aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, particularmente el aparte 5 de su artículo 19, puesto que el querellante no acompañó con su acción los documentos indispensables para verificar si el recurso era admisible.

Dicha situación procesal coloca a esta instancia superior en la posición de reexaminar el procedimiento a seguir en los casos de las apelaciones que se interpongan ante este órgano jurisdiccional, tomando en consideración los principios generales del procedimiento contencioso administrativo y salvaguardado en todo caso los derechos constitucionales de las partes.

En ese sentido, a los fines de precisar el procedimiento a seguir para el tratamiento de este tipo de incidencias se observa que el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone lo siguiente:

“Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, cuando en el ordenamiento jurídico no se contemple un procedimiento especial a seguir, se podrá aplicar

el que juzgue más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal” (Negrillas de esta Corte).

De lo anterior, se desprende que el artículo parcialmente transcrito constituye la posibilidad de concretar el derecho de las partes a obtener una justicia expedita y segura, que sería iluso pensar que se alcanza por el solo hecho de la existencia de un conjunto de normas que persigan ese fin aun cuando tengan rango Constitucional, otorgando con ello la posibilidad de que los jueces asuman una actitud responsable al momento de cumplir su rol de administrar justicia, lo cual debe verse representado en la interpretación amplia de las figuras procesales atendiendo a la finalidad perseguida por el legislador al establecerla brindando en todo momento una mayor posibilidad a las partes para el ejercicio pleno de sus derechos de orden procesal.

De esta forma, se observa que cuando no se encuentre contemplado en el ordenamiento jurídico procedimiento especial a seguir para el desarrollo de un caso en específico, se podrá aplicar el procedimiento que se considere más conveniente para la realización de la justicia siempre y cuando tenga fundamento en una norma legal. Asimismo, se debe señalar que el Juez Contencioso Administrativo tiene poderes específicos que no se encuentran al alcance del Juez Ordinario, por cuanto el primero detenta la dirección del proceso desde su inicio hasta su conclusión, pudiendo actuar de oficio adoptando todas las medidas necesarias para evitar que el proceso se paralice para obtener la mayor celeridad y aplicando el procedimiento que le parezca pertinente a falta de uno expreso sobre el caso que se le presente.

En atención a tales consideraciones, observa este Órgano Jurisdiccional que la sustanciación en segunda instancia de un procedimiento extenso, como lo es el previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable a los casos como los antes referidos, en los que, por lo general, se trata de situaciones de mero derecho o de sentencias que permiten el impulso procesal de la causa en primera instancia (lo que impone que tales decisiones sean pronunciadas a la mayor brevedad posible) evidencia claramente una situación de índole temporal que atenta contra esa posibilidad cierta y efectiva de disfrute de los derechos subjetivos restablecidos a través de los pronunciamientos jurisdiccionales.

En virtud de estas observaciones, para la sustanciación en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias de las categorías antes referidas, se hace necesario disponer de un procedimiento que resulte expedito y en el cual, además, las partes puedan contar con la posibilidad cierta de ejercer su derecho a la defensa, como garantía para obtener una efectiva tutela judicial de sus derechos.

De esta forma, la apertura del procedimiento de segunda instancia debe generar como consecuencia legal el agotamiento de sus diversas fases preclusivas, siendo de particular importancia las relativas a la oportunidad con la cual deben contar las partes para presentar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten el recurso de apelación interpuesto, la contestación de ésta, así como las de pruebas de que puedan hacerse valer en los casos en que las mismas resulten pertinentes dentro de la fase procedimental en referencia.

Por otra parte, en la sustanciación del procedimiento de segunda instancia debe permitirse la participación de ambas partes, aún en los casos en que la sentencia apelada haya recaído sin la concurrencia en el proceso de la parte demandada o recurrida, tal como sucede en los casos donde se haya negado la admisión del recurso *in limine litis*, siendo que en dichas oportunidades la parte recurrida no ha sido notificada del procedimiento de primera instancia, por lo que su falta de comparecencia en el procedimiento de segunda instancia,

podría configurar un perfecto caso de indefensión, al momento de no poder contradecir la fundamentación del apelante ni controlar su actividad probatoria, por lo que resulta procedente generar la respectiva notificación, salvaguardando así, especialmente, el derecho previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud del cual **“La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso”** (Negrillas de esta Corte).

En efecto, tal como lo ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional español, la indefensión puede originarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal (Sentencia 245 de 19 de diciembre de 1988). En todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes o que legalmente debieron de serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente (mediante los oportunos medios de prueba, por ejemplo) el remedio judicial de sus derechos e intereses -derecho a ser oído- (Sentencia 4 de 8 de febrero de 1982). La necesaria presencia en el proceso de las partes o quienes deban serlo implica que sólo la incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable puede justificar la resolución *inaudita pars* (Sentencia 151 de 2 de octubre de 1987).

De esta forma, en atención a las precisiones antes referidas, a los fines de compaginar el derecho de las partes a obtener una decisión expedita y oportuna, sin que por ello deba existir una vulneración en sus derechos de contar con la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera que el procedimiento idóneo aplicable para las incidencias producto de las sentencias o autos que i) declaren inadmisibles *in limine litis* los recursos contencioso administrativos interpuestos; ii) nieguen las medidas cautelares solicitadas por las partes, con excepción de las sentencias recaídas en los amparos cautelares, que serán decididos en atención a lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; iii) resuelvan el procedimiento de oposición de las medidas cautelares, establecido en el artículo 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; iv) se pronuncien sobre la admisibilidad de una prueba promovida, así como sobre la oposición de la admisión de las pruebas promovida por la parte contraria, o por último; v) contengan un pronunciamiento interlocutorio que cause un gravamen irreparable a alguna de las partes (por ejemplo, aquellas que declaren la perención de la instancia o el desistimiento), es el que se encuentra previsto en los artículos 516 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, los cuales establecen un procedimiento para la sustanciación en segunda instancia de los recursos de apelación que se intenten contra este tipo de sentencias y que, dado su carácter interlocutorio, conlleva a la aplicación de los lapsos previstos para tales supuestos.

En ese sentido, este Órgano Jurisdiccional observa que los artículos 516 y 517 del mencionado Código, disponen lo siguiente:

“Artículo 516: Al llegar los autos en apelación, el Secretario del Tribunal pondrá constancia de la fecha de recibo y del número de folios y piezas que contenga y dará cuenta al Juez o Presidente (...)”

“Artículo 517: Si no hubiere pedido la constitución del Tribunal con asociados en el término indicado en el artículo 118, los informes de las partes se presentarán en el vigésimo día siguiente al recibo de los autos si la sentencia fuere definitiva y en el décimo día si fuera interlocutoria.

Las partes presentarán sus informes por escrito, en cualquier hora de las fijadas en la tablilla a que se refiere el artículo 192 (...)” (Negrillas y subrayado de esta Corte).

Ahora bien, considera esta Corte oportuno destacar que el punto de partida del mencionado procedimiento de segunda instancia lo constituye la constancia mediante auto expreso por parte de la Secretaría del Tribunal que conocerá de la apelación, de la fecha de recibo, ya que será a partir de esta fecha que se comienzan a contar los lapsos establecidos para el desarrollo del procedimiento, como ha sido señalado con anterioridad.

Siendo ello así, y por cuanto el aludido auto constituye el inicio de la sustanciación del procedimiento en segunda instancia, debe ser justamente en esta oportunidad en que esta Corte disponga lo necesario para garantizar el derecho a la defensa de las partes, especialmente de la parte contraria de aquella apelante, por lo que, en los casos en que se desprenda de autos que la parte recurrida o querellada no se encuentre debidamente notificada de la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad o contencioso administrativo funcional, como ocurre en los casos en que se declare inadmisibles *in limine litis* el recurso interpuesto, y por cuanto, las notificaciones constituyen uno de los puntos de inicio para materializar los derechos consagrados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deberá ordenarse por la Secretaría de esta Corte la notificación de la parte recurrida y a la Procuraduría General de la República, de los Estados o de los Municipios, según se trate, a efectos de que ejerzan su derecho a la defensa conforme al aludido procedimiento. De manera que, una vez que conste en autos las notificaciones ordenadas, se procederá a la sustanciación del procedimiento en referencia. Así se decide.

Precisado lo anterior, destaca esta Corte que si bien en el aludido procedimiento se dispone el derecho de las partes de presentar sus escritos de informes, que deberán realizar en el término de diez (10) días siguientes al recibo de los autos, ha de entenderse que en dicha oportunidad las partes podrán exponer las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento al recurso de apelación interpuesto, así como las objeciones de las que pueda hacerse valer la contra parte para rechazar los argumentos expuestos como fundamento de dicho recurso.

Asimismo, una vez presentados los informes se establece la facultad para cada una de las partes, dentro de un lapso de ocho (8) días siguientes a la fecha de presentación de los mismos, realice las observaciones escritas que considere pertinentes, tal como lo dispone el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil al señalar "Presentados los informes, cada parte podrá presentar al Tribunal sus observaciones escritas sobre los informes de la contraria, dentro de los ocho días siguientes (...)".

Por otra parte, debe observarse que en el supuesto en que no se presentaren informes, no se contará el lapso de los ocho días anteriormente señalado, sino que comenzará a correr el lapso establecido en el artículo 521 correspondiente y "(...) el Tribunal dictará su fallo dentro de los treinta días siguientes si la sentencia fuere interlocutoria (...)", tomando en consideración que dicho lapso comenzará a contarse sólo a partir del décimo día, exclusive, del término fijado para presentar los informes.

De esta forma, el procedimiento descrito permite el desarrollo de un proceso en resguardo de las garantías constitucionales de la justicia expedita y del derecho a la defensa y al debido proceso, contemplados en los artículos 26 y 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del principio de celeridad procesal previsto en el artículo 10 y del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, en pro de garantizar el derecho a la defensa de ambas partes, es fundamental para este Órgano Jurisdiccional apartarse del criterio asumido en anteriores fallos, en virtud del cual se acordaba el pase a ponente sin disponer sobre el procedimiento

aplicable para la sustanciación en segunda instancia del recurso de apelación contra las mencionadas sentencias (Vid., entre otras, sentencia de esta Corte de fecha 8 de junio de 2005, Número 2005-1325, caso: Mireya Josefina García, contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales) y ordenar aplicar en este caso, y para asuntos de esta misma naturaleza a partir de la publicación del presente fallo, el procedimiento de segunda instancia consagrado en los artículos 516 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con las observaciones realizadas con anterioridad. Así se decide.

Por su parte, las apelaciones que se interpongan contra las sentencias que no encuadren en los supuestos anteriormente señalados, serán tramitadas por el procedimiento de segunda instancia establecido en el aparte 17 y siguientes del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

Declarado lo anterior, advierte esta Corte que las consideraciones expuestas en el presente fallo constituyen un cambio de criterio en cuanto a la sustanciación de las apelaciones que corresponda conocer a este Órgano Jurisdiccional, lo cual conlleva a plantearse la posible incidencia de dicho cambio en las expectativas dignas de protección de los ciudadanos, por lo que debe proponerse un límite de los efectos de la nueva jurisprudencia a fin de evitar esos desagradables efectos en la situación jurídica de los justiciables (Cfr. CASTILLO BLANCO, Federico A. *La Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 117 y 362 y ss.).

De esta forma, tratándose en el caso de autos de una decisión novedosa en cuanto al viraje jurisprudencial para la sustanciación de las apelaciones referidas en el cuerpo del presente fallo, y tomando en consideración que la misma pudiesen afectar la expectativa o confianza legítima de los justiciables, debe estructurarse las medidas necesarias que imposibiliten la concreción de consecuencias negativas en los ciudadanos.

En este sentido, advierte este Órgano Jurisdiccional que en la actividad jurisdiccional el principio de confianza legítima, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos (Vid. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Número 401 de fecha 19 de Marzo de 2004. Caso: *Servicios La Puerta, S.A.*).

En atención a tales consideraciones, esta Corte dispone que las consecuencias jurídicas que se desprendan de la aplicación del criterio jurisprudencial adoptado en el caso de autos, deban ser exigidos para los casos que i) que se ajusten a las situaciones fácticas previamente especificadas; ii) en los cuales, en virtud de la aplicación del criterio que se abandona en el presente fallo, se haya ordenado el pase a ponente sin la aplicación del procedimiento para la sustanciación de las apelaciones en segunda instancia; y en aquellos casos que ii) ingresen ante este Órgano Jurisdiccional con posterioridad a la publicación del presente fallo, todo ello en obsequio de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho. Así se declara.

Aunado a lo anterior, dado que en el presente caso se adopta un nuevo criterio para la sustanciación de las apelaciones anteriormente referidas, a los fines de reforzar la protección de la confianza legítima de los ciudadanos en la aplicación de los criterios jurisprudenciales emanados de este Órgano Jurisdiccional, se ordena la publicación del cuerpo del presente

fallo en la Cartelera de esta Corte, el cual estará anunciado a los justiciables de la forma que se indica a continuación:

“SENTENCIA DE LA CORTE SEGUNDA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE PRECISA EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA SUSTANCIACIÓN DE LAS APELACIONES QUE SE INTERPONGAN CONTRA LAS SENTENCIAS ENUMERADAS EN EL CUERPO DEL FALLO”.

Igualmente, se ordena realizar mención expresa en la página principal <http://jca.tsj.gov.ve>, correspondiente a la jurisdicción contencioso administrativa, del criterio jurisprudencial adoptado para los casos como el de autos, lo cual deberá anunciarse con el título anteriormente precisado, a fin de que los ciudadanos que procuran obtener información de la actividad jurisdiccional realizada por esta Corte, conozcan por vía del mencionado medio informático el texto íntegro de la presente sentencia. Así se decide.

Decidido lo anterior, se ordena a la Secretaría de esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ordenar por auto expreso la aplicación al caso de auto del procedimiento de segunda instancia consagrado en el artículo 516 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con plena observancia de las especificaciones propuestas en el cuerpo del presente fallo en cuanto a las notificaciones que deba ordenar y practicar para dar inicio a la sustanciación de dicho procedimiento, en atención a las consideraciones ya analizadas. Así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Funcionarial*

a. *Contestación: Lapso*

CSCA

28-2-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Jovani Alberto Araque Contreras y otros Municipio Antonio Pinto Salinas del Estado Mérida.

El lapso para dar contestación a los recursos contenciosos administrativo funcionariales en los procedimientos contencioso administrativo funcionarial iniciados según lo establecido en el artículo 92 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, teniendo como parte recurrida a un órgano o entidad de la Administración Pública Municipal, será de quince (15) días de despacho a partir de su citación, de conformidad con lo consagrado en el artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por cuanto este Órgano Jurisdiccional considera suficiente el mencionado lapso especial para que el Municipio recurrido ejerza su derecho a la defensa y haga valer sus intereses para contradecir, rechazar, negar o aceptar los alegatos expuesto por la parte recurrente.

Previo a cualquier pronunciamiento relativo a la apelación intentada por la parte recurrida; esta Corte observa que el artículo 110 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece la competencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para conocer de los recursos de apelación interpuestos ante los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo y, dado que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo tiene atribuida las mismas competencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en

atención con lo dispuesto en la Resolución N° 2003-00033 de fecha 10 de diciembre de 2003 emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.866 de fecha 27 de enero de 2004; y la reiterada jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal que da a las Cortes de lo Contencioso Administrativo el carácter de Tribunales de Alzada con respecto a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo (*Vid.* Sentencia N° 02271 dictada en fecha 24 de noviembre de 2004, caso: *Tecno Servicio Yes´Card, C.A.*), en consecuencia este Órgano Jurisdiccional se declara competente para conocer de la presente apelación, y así se decide.

Determinada como ha sido la competencia de esta Corte, se pasa a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrida, con base en las siguientes consideraciones:

El objeto del presente recurso de apelación constituye en determinar si resulta procedente la solicitud de reposición de la causa realizada el 18 de octubre de 2006 por la parte recurrida al estado de que el Juzgado a quo ordene nuevamente la “Admisión de la Demanda, [...] con la consiguiente orden de emplazamiento y comparecencia del Síndico Procurador Municipal del Municipio Antonio Pinto Salinas, del Estado Mérida, para que de Contestación de la Demanda, dentro del lapso procesal fijado por nuestro legislador en el artículo 155 (hoy 152) de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal”. Al respecto, en fecha 31 de octubre de 2006, el Juzgado a quo declaró con respecto a la mencionada solicitud que en el presente caso “la regulación del procedimiento debe regirse por la Ley del Estatuto de la Función Pública el cual en forma afortunada simplifica al régimen derogatorio que establece lapso mas breves para el conocimiento del asunto controvertido y seria contradictorio establecer un lapso de cuarenta y cinco (45) días para que el Síndico Procurador contestara la demanda en una querrela funcional y que en la practica se traduce en un significativo freno de la celeridad procesal”.

Ahora bien, esta Corte considera pertinente resaltar que la presente causa versa sobre un recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el abogado Jorge Eduardo Poncio Guerrero, actuando con el carácter de apoderado judicial de los ciudadanos Jovani Alberto Araque Contreras, Simón Guillén, Alberto Fernández, José Miguel Méndez Fernández, José Eutimio Prada Marchán y Oliva Manrique Rodríguez, contra el Municipio Antonio Pinto Salinas del Estado Mérida, con el objeto de solicitar el pago de la “prestación de antigüedad (prestaciones sociales), de bono vacacional y de bono de fin de año”, en virtud de haber ejercido de los referidos ciudadanos como “Concejales y Miembros de las Juntas Parroquiales del Municipio Antonio Pinto Salinas del Estado Mérida”.

Así las cosas, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 152 de la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.806, Extraordinario, de fecha 10 de abril de 2006, reimpresa por error material publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.421 del 21 de abril de 2006, en el cual expresamente señala:

“Los funcionarios judiciales están obligados a citar al síndico procurador o síndica procuradora municipal en caso de demandas contra el Municipio, o a la correspondiente entidad municipal, así como a notificar al alcalde o alcaldesa de toda demanda o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales del Municipio o la correspondiente entidad municipal.

Dicha citación se hará por oficio y se acompañará de copias certificadas de la demanda y todos sus anexos. Mientras no conste en el expediente la citación realizada con las formalidades aquí exigidas, no se considerará practicada. La falta de citación o la citación practicada sin las formalidades aquí previstas, será causal de anulación y, en consecuencia, se

repondrá la causa. Una vez practicada la citación, el síndico procurador o síndica procuradora municipal tendrá un término de cuarenta y cinco días continuos para dar contestación a la demanda.

Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al síndico procurador o síndica procuradora municipal de toda sentencia definitiva o interlocutoria” (Negrillas de esta Corte).

Del precitado artículo, se puede colegir, que el mismo establece la forma como debe realizarse la citación del Síndico Procurador o Síndica Procuradora Municipal cuando el Municipio o la correspondiente entidad municipal hayan sido demandadas, así como, la obligación de notificarle de las decisiones dictadas por los tribunales correspondientes. En tal sentido, en fecha 3 de octubre de 2007, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó sentencia N° 01641, caso: *Municipio Colina del Estado Falcón contra la sociedad mercantil Industriales y Mecánicos, C.A. (TRIMECA)*, en la cual expuso con relación a la obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Síndico Procurador Municipal que:

“La norma precedentemente transcrita, prevé la obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Síndico Procurador Municipal de toda demanda o solicitud de cualquier naturaleza que pueda afectar directa o indirectamente los intereses del Municipio. Notificación ésta que también deberá efectuarse en los juicios en que el Municipio de que se trate sea parte.

Al respecto, cabe destacar que esta Sala ha establecido en casos similares al de autos, concretamente en su fallo número 04567 del 29 de junio de 2005 (caso: *Inmobiliaria 96, C.A.*), posteriormente ratificado por decisión número 06260 de fecha 16 de noviembre de 2005 (caso: *Wonke Occidente, C.A.*), que de esa manera pone de manifiesto la intención del legislador, de proteger el interés general que en este caso le corresponde al Municipio tutelar, garantizando su actuación en los procesos que involucren a su patrimonio.

Es por ello, que el deber de notificar al Síndico Procurador Municipal es una formalidad esencial en el juicio y constituye la expresión de las prerrogativas procesales del Municipio, al igual que las de la República, que no sólo se circunscribe a los intereses patrimoniales directos de éste, sino que se hace extensiva a los entes descentralizados funcionalmente”.

En el caso específico, el mencionado artículo prevé dos prerrogativas inherentes al municipio, por una parte establece la obligación de notificar al Síndico Procurador Municipal y al Alcalde de cualquier juicio en el cual el municipio sea parte, obligación que no puede ser obviada bajo ningún concepto, ello por estar afectados directa o indirectamente los intereses superiores del Municipio y; por la otra es una formalidad esencial para la validez de cualquier juicio en los cuales sea parte el municipio.

Por otro lado, el análisis de dichas prerrogativas requiere un análisis muy particular en los casos donde existe una relación de empleo público entre los funcionarios públicos y las Administraciones Públicas Nacionales, Estadales y Municipales, de conformidad con el artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* Número 37.482 de fecha 11 de julio de 2002, reimpresa por error material y publicada en la *Gaceta Oficial* Número 37.522 de fecha 6 de septiembre de 2002, en la cual se estableció en el Título VIII denominado “Contencioso Administrativo Funcionarial”, concretamente en los artículos 95 y siguientes del mencionado cuerpo normativo, el procedimiento mediante el cual se resuelven las controversias con motivo de la aplicación de la mencionada Ley, que constituyen una materia funcionarial, como en el presente caso, entendiéndose éste como un procedimiento especial que debe ser aplicado de forma ineludible por los jueces de la

República en aquellos juicios en los cuales se ventilen controversias de naturaleza funcionarial.

En ese orden de ideas, el artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública prevé el lapso para que la parte recurrida comparezca en juicio a dar contestación al recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto dentro del lapso de quince (15) días de despacho a partir de su citación, a tenor de lo siguiente:

“Admitida la querella, dentro de los dos días de despacho siguientes el tribunal solicitará el expediente administrativo al Procurador o Procuradora General de la República, al Procurador o Procuradora General del estado, al Sindico Procurador Municipal o al representante legal del instituto autónomo nacional, estatal o municipal.

En esa misma oportunidad el tribunal conminará a la parte accionada a dar contestación a la querella dentro de un plazo de quince días de despacho a partir de su citación, la cual podrá tener lugar por oficio con aviso de recibo o por correo certificado.

A la citación el juez o jueza deberá acompañar copia certificada de la querella y de todos los anexos de la misma. Citada la parte accionada conforme a lo dispuesto anteriormente, las partes se entenderán a derecho, por lo cual no será necesario una nueva notificación para los subsiguientes actos del proceso, salvo que así lo determine la ley”.

Lo anterior denota claramente, que en el presente caso existen dos disposiciones legales que establecen consecuencias jurídicas distintas para un mismo supuesto de hecho, es decir, en cuanto a la contestación que debe dar el Municipio recurrido, por una parte la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece un lapso de cuarenta y cinco (45) días continuos, a diferencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública que establece quince (15) días de despacho, lo cual denota una incompatibilidad entre ellas, siendo que no pueden aplicarse ambas proposiciones legales, en virtud de que las mismas establecen lapsos diferentes para dar contestación.

Ahora bien, esta Corte para determinar cuál es la norma jurídica que debe aplicarse en el caso concreto, resulta necesario acudir, tanto a la intención del Legislador al regular en una Ley especial en ciertas situaciones específicas, como el caso preciso de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que como se ha dicho regula lo concerniente a la función pública (incluyendo el contencioso administrativo funcionarial) como juicio especial donde se ventilan las controversias que deriven de una relación de carácter estatutario, como en el presente caso y; por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, regula de forma general lo concerniente a la organización y funcionamiento a nivel local, es decir, establece el marco jurídico general para los Municipios y sus prerrogativas, lo cual nos hace deducir que en el presente caso, para resolver lo relativo a la colisión entre las proposiciones normativas es preciso acudir a la aplicación del postulado o regla general de que “priva lo especial sobre lo general”.

Así tenemos, luego del análisis del artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que se encuentra ubicada en el capítulo relativo a la “actuación del municipio en juicio”, que el mismo hace referencia a “toda demanda” que se interponga contra el municipio, es decir, el lapso allí establecido refiere de forma general a toda acción que se intente contra los intereses del municipio.

Por otra parte, el artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece el lapso para la contestación al recurso contencioso administrativo funcionarial por parte de órganos que integran la Administración Pública, en las causa contentiva de los juicios contencioso administrativo funcionarial, asimismo, el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece que en los casos donde sea demandado el Municipio los

funcionarios judiciales deberán otorgarle al síndico procurador municipal un término de cuarenta y cinco (45) días continuos para dar contestación a la demanda. Con referencia a lo anterior, la disposición legal consagrada en la Ley del Estatuto de la Función Pública relativa al lapso para dar contestación al recurso contencioso administrativo funcionarial, se encuentra dentro de las materias especiales para regular una situación jurídica de naturaleza funcionarial, respecto a la contenida en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que consagra un lapso distinto para la contestación de la demandas presentada por el Municipio como parte recurrida o demandada, por lo que el supuesto de hecho establecido se encuentran implícitamente regulado en el proceso especial de carácter funcionarial.

En este propósito se entiende que la intención del Legislador ha sido individualizar dicha situación especial por las características especiales que la revisten, todo lo cual nos hace deducir que en el presente caso, priva la aplicación de la proposición normativa prevista en la Ley del Estatuto de la Función Pública, relativa al procedimiento que debe seguirse en los recursos contencioso administrativo funcionariales, concretamente al lapso para dar contestación a la demanda, esto es, quince (15) días de despacho.

Al respecto, es oportuno para esta Corte citar la sentencia N° 2007-699 de fecha 18 de abril de 2007, dictada por este Órgano Jurisdiccional (caso: *Elías Moreno contra la Alcaldía del Municipio Mauroa del Estado Falcón*), con ocasión a un recurso de apelación ejercido por el apoderado judicial del organismo querellado contra el auto dictado el 10 de mayo de 2005, por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental, el cual negó la solicitud de reposición de la causa solicitada por el referido Municipio por el hecho de que el artículo 103 de la derogada Ley Orgánica del Régimen Municipal establecía un lapso de cuarenta y cinco (45) días continuos para que el Síndico Procurador Municipal dé contestación a las demandas incoadas contra el Municipio; al respecto, esta Corte estimó que mal podría este Órgano Jurisdiccional dar preferencia al lapso de emplazamiento de cuarenta y cinco (45) días continuos previsto en el artículo 103 *eiusdem* por cuanto se trata de una controversia de índole funcionarial. Dicha decisión señaló expresamente lo siguiente:

“De acuerdo con el criterio sostenido por el apoderado del Municipio querellado, el artículo citado *ut retro* [artículo 103 de la derogada Ley Orgánica del Régimen Municipal] resultaba de preferente aplicación para proceder a la notificación de este último, toda vez que se trata de una prerrogativa procesal estatuida en una ley orgánica a favor de los Municipios, de allí que el lapso de quince (15) días de despacho otorgados por el a quo para que se verificara el acto de contestación a la querrela conforme a las pautas de la Ley del Estatuto de la Función Pública, según su criterio, constituye un trámite procesal inadecuado que amerita la reposición de la causa al estado de que se practique nuevamente la notificación del Municipio en la forma prevista en el referido artículo.

Puntualizado lo anterior, debe destacarse que en el presente caso el ciudadano Elías Moreno intentó recurso contencioso administrativo funcionarial contra la Alcaldía del Municipio Mauroa del Estado Falcón, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo que acordó su destitución del cargo de Fiscal Municipal que desempeñaba al servicio del referido organismo, acto emitido por la ciudadana Alcaldesa del referido Municipio el día 30 de noviembre de 2004, y, como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene su reincorporación al precitado cargo con el pago de los sueldos dejados de percibir a que hubiere lugar.

Por consiguiente, nos encontramos frente a una pretensión suscitada en el marco de una relación funcionarial, regida, por tanto, por las disposiciones de la Ley del Estatuto de la

Función Pública, la cual está encargada de tutelar “las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones pública nacionales, estatales y municipales (...)”. (Vid. Artículo 1 *eiusdem*).

[...omissis...]

Conforme a las jurisprudencias antes invocadas [sentencias del 16 de abril de 2007 dictada por esta Corte, caso: Gustavo Antonio Jiménez Abreu contra el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Baruta del Estado Miranda y, N° 1085 de fecha 6 de abril de 2004 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Ana Beatriz Madrid Agelvis*], se colige que cuando la pretensión del accionante persiga la satisfacción de un interés de naturaleza funcional, es decir, cuando la reclamación se suscite con motivo de una relación de empleo público, el recurso contencioso administrativo funcional previsto en los artículos 92 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública es el medio eficaz y expedito con el que cuentan los funcionarios públicos para hacer valer los derechos subjetivos funcionariales que consideren lesionados por parte de la Administración; [...omissis...]

En consecuencia, al ser el recurso contencioso administrativo funcional, la vía idónea para dilucidar los reclamos derivados de su condición como funcionaria pública, y al ser éste, tan expedito como la acción de amparo, y por lo tanto eficaz, debe declararse inadmisibles las solicitudes de tutela constitucional propuestas por la ciudadana Wendy Coromoto García Vergara, en base a la posibilidad por vía ordinaria de obtener el restablecimiento de su situación (...)”.

Conforme se desprende de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia, el recurso contencioso administrativo funcional es un mecanismo procesal tan expedito y eficaz como el amparo constitucional, destinado a tutelar los reclamos derivados de las relaciones de empleo público entre la Administración y los funcionarios a su servicio.

Por ende, mal podría esta Corte acoger el criterio expuesto por el apoderado judicial de la Municipalidad querrelada, en el sentido que en una controversia de índole funcional como la analizada *sub lite* se dé preferente aplicación al lapso de emplazamiento de cuarenta y cinco (45) días continuos previsto en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, no sólo porque tal argumento contraría abiertamente la jurisprudencia sentada por nuestro Máximo Tribunal, sino también porque la aplicación de un lapso de emplazamiento tan amplio, en comparación con el previsto en el artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública -quince días de despacho-, desvirtuaría el carácter expedito y eficaz que distingue al recurso contencioso administrativo funcional, obrando ello en detrimento del principio de celeridad y economía procesal que rigen a este procedimiento”.

Es evidente entonces que el recurso contencioso administrativo funcional previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, previsto en el artículo 92 y siguientes de la referida Ley, es la vía procesal idónea para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas denunciadas como lesionadas, por cuanto se encuentran involucrados los derechos e intereses de personas que prestaron sus servicios como funcionarios públicos, del cual deviene una relación de empleo público con las Administraciones Públicas Nacionales, Estadales y Municipales, en atención con lo establecido en el artículo 1 *eiusdem* (Vid. sentencia N° 742 de fecha 5 de abril de 2006 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Wendy Coromoto García Vergara*).

Ciertamente, el proceso contencioso administrativo funcional ha sido previsto por el Legislador para regular la relación existente entre los funcionarios públicos de distinta índole con los Poderes Públicos, debido a la “especialidad” de dicha materia dentro del ordenamiento jurídico por estar involucrado el orden público y los intereses de la Nación, lo que conlleva al establecimiento de un marco legal sustantivo y adjetivo específico para resolver de una manera expedita y eficaz las controversias derivadas de una relación estatutaria.

En virtud de lo expuesto anteriormente, resulta para esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo fijar el criterio relativo a la procedencia o no de la aplicación supletoria del lapso de cuarenta y cinco (45) días a que alude el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que prevé el lapso de contestación de las demandas a favor de los Municipios, dentro de los juicios contencioso administrativo funcional previsto en el artículo 92 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Ante la situación planteada, esta Corte en aras de salvaguardar la estabilidad de los juicios y preservar la esencia del procedimiento contencioso administrativo funcional señalado como una “vía procesal idónea, expedita y eficaz” para resolver las controversias de naturaleza contencioso funcional, establece como criterio jurisprudencial que el lapso para dar contestación a los recursos contenciosos administrativo funcionales en los procedimientos contencioso administrativo funcional iniciados según lo establecido en el artículo 92 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, teniendo como parte recurrida a un órgano o entidad de la Administración Pública Municipal, será de quince (15) días de despacho a partir de su citación, de conformidad con lo consagrado en el artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por cuanto este Órgano Jurisdiccional considera suficiente el mencionado lapso especial para que el Municipio recurrido ejerza su derecho a la defensa y haga valer sus intereses para contradecir, rechazar, negar o aceptar los alegatos expuesto por la parte recurrente.

En razón de lo expuesto, cabe destacar que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 203, del 23 de marzo de 2004, (caso: *Compañía Anónima, Metro de Caracas, en contra de la ciudadana Mercedes María Yanes Poleo*), emprendió las siguientes consideraciones con relación a la reposición de la causa:

“Ahora bien, clarificado lo anterior es pertinente hacer una breve referencia a la figura de la reposición, para luego determinar si la declaratoria realizada por el a-quo, persigue un fin útil.

La reposición ha sido entendida doctrinariamente, como una institución procesal creada con el fin práctico de corregir los errores de procedimientos que afecten o menoscaben el derecho de las partes con infracción de normas legales que señalen las condiciones que deben seguirse en el trámite del proceso. Asimismo, se ha establecido que la misma debe tener por objeto la realización de actos procesalmente necesarios, o cuando menos útiles, y nunca causa de demoras y perjuicios a las partes, de allí que deba perseguir un fin que responda al interés específico de la administración de justicia dentro del proceso, evitando o reparando la carga o gravamen que una falta de procedimiento pueda ocasionar o haya ocasionado en el derecho de las partes.

A este respecto, cabe mencionar que el artículo 26 de la Carta Magna prescribe como una directriz fundamental dentro del proceso, el evitar dilaciones y reposiciones inútiles, que de modo alguno beneficien la economía y celeridad procesal tan deseada en el sistema jurídico procesal venezolano. Es por ello, que los operarios judiciales deben verificar con sumo cuidado, en cada caso concreto, si la reposición resulta estrictamente necesaria como

único mecanismo destinado a subsanar el error u omisión en que se haya incurrido. (Negrillas de la Sala y subrayado de esta Corte).

De la anterior cita puede colegirse que la reposición y consecuente nulidad de las actuaciones procesales que se realicen debe perseguir un fin útil, teniendo como norte siempre el garantizar los principios de economía procesal y la estabilidad de los juicios, razón por la cual sólo puede plantearse excepcionalmente, con el único fin de corregir vicios ocurridos en el proceso o el menoscabo de las formas procesales esenciales, esto es, que implique la violación del derecho a la defensa o del debido proceso.

Vista las consideraciones que anteceden, se observa que corre inserto a los 14 y 15 del expediente judicial, copia certificada el Oficio de citación N° 1.927 de fecha 31 de julio de 2005, emanado del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Los Andes, así como diligencia de fecha 4 de agosto de 2006, suscrita por el Alguacil del dicho Tribunal, en la cual expuso que le entregó el mencionado Oficio con sus respectivos recaudos, al Síndico Procurador del Municipio Antonio Pinto Salinas del Estado Mérida.

Asimismo, se evidencia que riela a los folios 19 al 24 del expediente judicial, que el abogado Carlos Quintero, en su condición de apoderado judicial de la parte recurrida, presentó escrito mediante el cual solicitó la reposición de la causa al estado de que “en el correspondiente auto de admisión se fije el término de cuarenta y cinco (45) días continuos, más el término de distancia”, establecido en el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Ello así y de una revisión de las actas que conforman la presente causa, esta Corte observa que la parte recurrida fue citada para que compareciera a dar contestación del recurso funcional interpuesto por el abogado Jorge Eduardo Poncio Guerrero, actuando con el carácter de apoderado judicial de los ciudadanos Jovani Alberto Araque Contreras, Simón Guillén, Alberto Fernández, José Miguel Méndez Fernández, José Eutimio Prada Marchán y Oliva Manrique Rodríguez y, dado que se le dio la oportunidad de comparecer en juicio a los fines de hacer valer sus derechos e intereses, resulta innecesario reponer la causa al estado de otorgarle al Municipio Antonio Pinto Salinas del Estado Mérida el lapso de cuarenta y cinco (45) días a que alude el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, por cuanto el lapso procesal previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública es de carácter especial dentro de la materia contencioso administrativa, en aras de beneficiar “la economía y celeridad procesal tan deseada en el sistema jurídico procesal venezolano”. Así se declara.

Con base en todo lo expuesto anteriormente, esta Corte declara sin lugar la apelación interpuesta en fecha 1° de noviembre de 2006, por el abogado Carlos Quintero, en su condición de apoderado judicial de la parte recurrida, contra la decisión dictada el 31 de octubre de ese mismo año, por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Los Andes, mediante el cual declaró sin lugar la solicitud de reposición de la causa realizada por la parte recurrida; en consecuencia, se confirma la decisión apelada en los términos expuestos en la parte motiva de la presente sentencia. Así se decide.

Visto que en el presente caso se adopta un asienta un nuevo criterio para el lapso de contestación de los recursos contencioso administrativo funcional previsto en el artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, a los fines de reforzar la protección de la confianza legítima de los ciudadanos en la aplicación de los criterios jurisprudenciales emanados de este Órgano Jurisdiccional, se ordena la publicación del cuerpo del presente fallo en la Cartelera de esta Corte, el cual estará anunciado a los justiciables de la forma que se indica a continuación:

“SENTENCIA DE LA CORTE SEGUNDA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE PRECISA EL LAPSO PARA DAR CONTESTACIÓN AL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL, POR PARTE DE UN ORGÁNICO DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL”.

Igualmente, se ordena realizar mención expresa en la página principal <http://jca.tsj.gov.ve/>, correspondiente a la jurisdicción contencioso administrativa, del criterio jurisprudencial adoptado para los casos como el de autos, lo cual deberá anunciarse con el título anteriormente precisado, a fin de que los ciudadanos que procuran obtener información de la actividad jurisdiccional realizada por esta Corte, conozcan por vía del mencionado medio informático el texto íntegro de la presente sentencia. Así se decide.

Por otra parte, resulta pertinente para esta Corte señalarle al Juzgado a quo que examine el litis consorcio activo configurado en la presente causa, dado que está compuesto por un recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto conjuntamente por varios ciudadanos, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva a cada uno de ellos y de obtener una decisión oportuna de su pretensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los criterios jurisprudenciales vinculantes referentes al caso .

B. *El Contencioso Administrativo Tributario*

a. *Consultas*

TSJ-SPA (0034)

10-1-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Línea Aérea de Servicio Ejecutivo Regional, C.A. (LASER) vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Las consultas evacuadas por la Administración Tributaria se constituyen en opiniones incapaces de producir determinados efectos jurídicos y sin fuerza ejecutoria y, por tanto, de naturaleza no vinculante para quien las solicita, no pudiendo ser recurridas. No obstante, en interpretación del artículo 141 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente, la Sala admite la recurribilidad de una opinión emitida por la Administración aduanera respecto a la aplicación de las normas tributarias, por su carácter vinculante.

Analizados como han sido los fundamentos de la decisión interlocutoria recurrida, los alegatos que en su contra ha expuesto la contribuyente como apelante, las defensas opuestas por el Fisco Nacional y los recaudos que conforman el presente expediente, observa este Alto Tribunal que la controversia de autos se contrae a determinar si, conforme fue decidido por el Tribunal *a quo*, el recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente **LÍNEA AÉREA DE SERVICIO EJECUTIVO REGIONAL, C.A. (LASER)**, resulta inadmisibles en razón de la irrecurribilidad del acto impugnado, por aplicación del artículo 235 del vigente Código Orgánico Tributario, o si, por el contrario, éste debió ser admitido.

Delimitada así la *litis*, pasa esta alzada a decidir, a cuyo efecto observa:

Según expuso la juzgadora de instancia en su fallo interlocutorio, a objeto de conocer y pronunciarse respecto a la admisión o no del recurso contencioso tributario ejercido por la representación de la citada contribuyente, pudo constatar fehacientemente la irrecurribilidad del acto impugnado, por aplicación del artículo 235 del vigente Código

Orgánico Tributario, en concordancia con el numeral 3 del Parágrafo Segundo del artículo 259 eiusdem, pues a su juicio “el mismo se intenta contra una opinión emitida por la Gerencia de Valor de la Superintendencia Nacional de Aduanas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat), y éstas no son actos recurribles por cuanto no contienen una decisión definitiva, ni aplican sanciones y no afectan los derechos de la recurrente”.

Luego entonces, demarcado como fue al delimitar la presente controversia, la norma cuya aplicación se debate en el caso de autos es la contenida en el artículo 235 del vigente Código Orgánico Tributario, que establece:

“No procederá recurso alguno contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias”.

De una primera lectura del citado dispositivo, ciertamente se observa evidente que “pese a la universalidad del control contencioso tributario respecto a los actos y actividades realizados por la Administración Tributaria”, la posibilidad de recurrir de las llamadas opiniones de la Administración Tributaria en ocasión de interpretar las normas tributarias, se encuentra absolutamente condicionada por la ley rectora del procedimiento impositivo [C.O.T./2001] al hecho de que la misma constituya un acto o decisión administrativa que se considere ilegal y que como tal afecte la esfera jurídico subjetiva de su destinatario.

Ello así, parece incuestionable a partir de lo previsto en los artículos 242 y 259 del vigente Código Orgánico Tributario, de cuyo examen concatenado puede esta Sala afirmar que el recurso contencioso tributario sólo procede contra los actos de la Administración Tributaria de efectos particulares que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten de cualquier forma los derechos de los administrados, de lo cual se entiende deben tener carácter de definitivos o que prejuzguen como tales.

Asimismo, ya en el contexto de Administración Tributaria actuando como órgano consultivo, en el marco de las regulaciones establecidas al efecto en el Capítulo IV (De las Consultas) del Título IV del vigente Código Orgánico Tributario (ver artículos 230 al 235), también puede afirmarse, como aduce la representación fiscal en el presente juicio, que las consultas evacuadas por dicha Administración se constituyen en opiniones incapaces de producir determinados efectos jurídicos y sin fuerza ejecutoria y, por tanto, de naturaleza no vinculante para quien las solicita.

De manera que, en principio, la situación debatida se inserta en el contexto descrito. Sin embargo, una vez examinadas detalladamente las actas que cursan en autos y las pretensiones y defensas aducidas por las partes, así como el marco legal dispuesto para solventar la presente controversia, resulta imperativo a esta Sala atender a lo previsto sobre el particular en la Ley Orgánica de Aduanas vigente y aplicable, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.353 del 17 de junio de 1999, específicamente a lo prescrito en sus artículos 140 y 141, así:

“Artículo 140.- Quien tuviere un interés personal y directo, podrá consultar a la Administración Aduanera sobre la aplicación de las normas a una situación concreta. A ese efecto, el consultante deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la misma y podrá expresar asimismo su opinión fundada.

La formulación de la consulta no suspende el transcurso de los plazos, ni exime al consultante del cumplimiento de sus obligaciones. La Administración Aduanera dispondrá de treinta (30) días hábiles para evacuar dicha consulta.”

“**Artículo 141.**-No podrá imponerse sanción a los contribuyentes que en aplicación de la Ley hubieren adoptado el criterio o la interpretación expresada por la Administración Aduanera, en consulta evacuada sobre el mismo tipo de asunto.

Tampoco podrá imponerse sanción en aquellos casos en que la Administración Aduanera no hubiere contestado la consulta que le haya formulado en el plazo fijado, y el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión fundada que el mismo haya expresado al formular dicha consulta.

Cuando la Administración Aduanera hubiere emitido opinión a la consulta solicitada, ésta será vinculante para el consultante.” (Destacado de la Sala)

De la norma última transcrita destaca la consagración expresa de la naturaleza vinculante para el consultante de las opiniones evacuadas por la Administración Aduanera respecto a la aplicación de normas tributarias a una situación de hecho concreta planteada, circunstancia ésta que difiere de la disposición aplicable respecto a las consultas formuladas ante la Administración Tributaria, cuya regulación fue descrita *supra* y asumida por el juzgador de instancia para resolver el caso sometido a su consideración. (Artículo 235 C.O.T.).

A tal efecto, sin mayor análisis el *a quo* obvió estimar la norma contenida en el citado artículo 141 de la Ley Orgánica de Aduanas, a pesar de integrar la base legal de la consulta formulada por la sociedad mercantil LÍNEA AÉREA DE SERVICIO EJECUTIVO REGIONAL, C.A. (LASER), a la Gerencia de Valor de la Intendencia Nacional de Aduanas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, haciendo caso omiso, además, de la limitante contenida en el artículo 139 *eiusdem*, según el cual: “*En todo lo no previsto en este Título [De los recursos] se aplicará supletoriamente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Código Orgánico Tributario*”; conforme a lo cual debió concluir que regulada expresamente como está la situación debatida por la Ley Orgánica de Aduanas, sólo pudo el *a quo* fallar conforme a derecho que la consulta emitida por la mencionada Gerencia de Valor del SENIAT, actuando como órgano competente al efecto, era vinculante a la citada sociedad mercantil respecto del tema del valor en aduanas de la mercancía, a saber, *restos de una aeronave, declarada en condición no aeronavegable*, conforme a la aplicación de la metodología señalada en el Acuerdo del Valor del GATT, condicionándola incluso a “*pagar los impuestos de importación y demás tributos internos, partiendo del valor en aduana determinado previamente para la constitución de la garantía exigida para el momento que ingresó bajo el régimen de admisión temporal, todo de conformidad con el artículo 86 de la Ley Orgánica de Aduanas*”.

Surge pues evidente la incidencia de dicha consulta u opinión sobre valoración aduanera en la esfera jurídica subjetiva de la empresa contribuyente, de donde juzga esta Sala a partir de lo aducido sobre el particular por la apelante, que el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, incurrió en un error de interpretación acerca del contenido y alcance del artículo 235 del vigente Código Orgánico Tributario y, por tanto, en errónea aplicación del referido dispositivo a los efectos de juzgar irrecurrible la comunicación N° INA/5110/2006-E-170 de fecha 21 de diciembre de 2006, emanada de la Gerencia de Valor de la Superintendencia Nacional de Aduanas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT). Así se declara.

En consecuencia, debe esta alzada declarar con lugar la apelación ejercida por la representación judicial de la sociedad mercantil **LÍNEA AÉREA DE SERVICIO EJECUTIVO REGIONAL, C.A. (LASER)**, contra el pronunciamiento de inadmisibilidad

contenido en la sentencia interlocutoria dictada por el mencionado tribunal en fecha 12 de junio de 2007, la cual se revoca íntegramente.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad: Control difuso de la Constitucionalidad*

TSJ-SC (155)

26-2-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Junta Electoral Principal del Estado Zulia.

A fin de determinar si existe incompatibilidad o no entre una o varias normas jurídicas y el Texto Constitucional -y en caso de que exista, aplicar las disposiciones constitucionales respectivas en el caso concreto y, por supuesto, omitir la aplicación de otra u otras normas (desaplicación)-, el juez debe efectuar una serie de actividades intelectivas encaminadas a tal fin, las cuales deben estar plasmadas, cuando menos sintéticamente, en el texto de la decisión.

TSJ-SC (327)

7-3-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Revisión de Sentencia (Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia).

La Sala Constitucional reitera su jurisprudencia respecto al control difuso de la constitucionalidad, señalando que el criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter *erga omnes*.

Como punto previo observa esta Sala que el desistimiento del procedimiento interdictal efectuado por los apoderados judiciales de Inversiones Hernández Borges, C.A. (INHERBORCA), antes de que se decretara la medida cautelar de suspensión de efectos de la sentencia objeto de revisión, era desconocido por esta Sala para el momento en que se acordó dicha medida, además, no consta en autos que el mismo haya sido aceptado por la parte demandada, tal como lo exige el artículo 265 del Código de Procedimiento Civil para que tenga validez. Asimismo, tampoco consta que haya sido homologado por el Tribunal de la causa, por lo que ninguna relevancia tiene la existencia de dicho acto procesal para la decisión de la solicitud de revisión. Ni los terceros intervinientes aportaron prueba alguna de la aceptación del desistimiento ni su homologación correspondiente.

Con respecto a las denuncias de violación de normas de ética profesional por parte de los abogados de la solicitante de revisión realizadas por los apoderados judiciales de Inversiones Hernández Borges, C.A. (INHERBORCA) en su escrito de alegatos presentado el 26 de septiembre de 2007, estima esta Sala que las mismas no son de tal entidad para que sea éste máximo Tribunal el que inste al Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados la instrucción del procedimiento legal correspondiente, sin perjuicio de que los denunciados

formalicen las mismas ante dicho órgano, que es el competente para analizar a fondo las mismas y decidir, previa audiencia de quienes se pudieran ver afectados en sus derechos.

En lo que al mérito de la solicitud se refiere, observa esta Sala que la sentencia cuya revisión se peticiona casó de oficio el fallo dictado, el 30 de noviembre de 2005, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, porque consideró que tanto dicho Tribunal, como el que había conocido del juicio en primera instancia infringieron lo dispuesto por los artículos 12, 15, 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil, al no reponer la causa al estado de fijar oportunidad para la contestación de la querrela interdictal restitutoria, siendo que las sentencias definitivas en primera y segunda instancia se dictaron el 20 de septiembre de 2002 y 30 de noviembre de 2005, respectivamente, es decir, con posterioridad a la sentencia número 132/2001, del 22.01, caso: *Jorge Villasmil Dávila vs. Meruvi de Venezuela C.A.* en la que la Sala de Casación Civil modificó el procedimiento interdictal establecido en el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil, cambio este que, según dicha Sala imponía la declaratoria de la referida reposición, por cuanto, en sentencia número 46/2004, del 18.02, caso: *Vidalía del Carmen Fandiño de Idima vs. Jesús Dolores Aguaje y otro*, esa Sala precisó que sus efectos debían extenderse *ex tunc*, vale decir para todos los casos de la especie, aún los decididos por los tribunales de instancia con anterioridad a la sentencia que impuso la modificación, en razón de que la incompatibilidad del procedimiento interdictal con las normas constitucionales, se viene produciendo, en su opinión, antes de la aprobación de la Constitución vigente.

En criterio de la Sala de Casación Civil, al no verificarse que se haya cumplido con el contradictorio en su sustanciación, en el caso bajo su decisión era necesario reponer la causa al estado en que se fijara oportunidad para dar contestación a la demanda, por lo que declaró nulo el fallo recurrido y todas las actuaciones procesales posteriores a la citación de las empresas demandadas, retro trayendo la causa al estado de que se fijara oportunidad para la contestación de la querrela interdictal, previa constancia en actas de la notificación de las partes.

Observa esta Sala que la decisión objeto de revisión, no obstante que, reconoció expresamente que ambas partes consignaron sus escritos de promoción de pruebas y presentaron sus escritos de alegatos, decretó la nulidad del fallo recurrido en casación, así como de todo lo actuado con posterioridad a la citación de las empresas querelladas, y repuso la causa al estado de que se fijara oportunidad para la contestación de la querrela, fundamentando dicha determinación en una causa falsa, a saber, que no había habido contradictorio al no haberse fijado una oportunidad para la contestación de la querrela.

Tal yerro se fundamentó en las decisiones que expidió la Sala de Casación Civil en sentencias números 132/2001 y 46/2004, ésta última, en la que precisó los efectos de la primera los cuales extendió *ex tunc*, es decir, hacia el pasado para todos los juicios interdictales, incluso los iniciados bajo la vigencia de la anterior Constitución, bajo el argumento de que el procedimiento interdictal que establece el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil, es incompatible con las normas constitucionales que establecen el derecho a la defensa y al debido proceso.

Ahora bien, antes de que la Sala de Casación Civil dictara la sentencia número 46/2004 así como la que es objeto de la solicitud de revisión, ya esta Sala había sentado criterio en cuanto a que lo decidido por la Sala de Casación Civil en sentencia número 132/2001 del 22.01, caso: *Jorge Villasmil Dávila vs. Meruvi de Venezuela C.A.* en la que se desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil **no**

tiene efectos vinculantes o *erga omnes*, quedando a criterio de los Jueces de instancia aplicar o no el procedimiento interdictal establecido en dicho fallo.

Así, en sentencia número 1717/2002, del 26.07, caso: *Importadora y Exportadora Chipendele C.A.*, dictada con motivo de una acción de amparo constitucional contra una sentencia definitiva dictada en segunda instancia de un juicio interdictal por despojo, esta Sala interpretó con carácter vinculante el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en lo que respecta al control difuso de la constitucionalidad y su diferencia con el control concentrado de la misma, en los siguientes términos:

“El artículo 701 del Código de Procedimiento Civil es la norma que regula el cauce por el que transita el interdicto de despojo y, textualmente, reza de la siguiente manera:

‘Practicada la restitución o el secuestro, o las medidas que aseguren el amparo, según el caso, el juez ordenará la citación del querellado, y practicada ésta, la causa quedará abierta a pruebas por un lapso de diez días. Concluido dicho lapso las partes presentarán dentro de los tres días siguientes, los alegatos que consideren convenientes, y el juez, dentro de los ocho días siguientes dictará sentencia definitiva. Esta sentencia será apelable en un solo efecto, pero el Tribunal remitirá al Superior el expediente completo de las actuaciones. El juez será responsable de los daños y perjuicios que cause por su demora en dictar la sentencia prevista en este artículo.’

De acuerdo a lo que expuso la demandante, la Sala de Casación Civil, en el fallo al que se aludió con precedencia, estimó que la norma en cuestión menoscababa los derechos a la defensa y al debido procedimiento, por cuanto los alegatos de las partes se presentaban con posterioridad a la culminación de lapso probatorio.

Así las cosas, aprecia esta Sala que la presunta agraviada atribuyó la violación de sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la defensa y al debido proceso, al hecho de que el presunto agraviante no aplicó el criterio que la Sala de Casación Civil sentó en la sentencia que dictó el 22 de mayo de 2001.

Ahora bien, se observa que, en el mencionado fallo, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de la facultad del control difuso de la constitucionalidad, que establecieron los artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil, desaplicó, para el caso en concreto, el artículo 701 eiusdem debido a que consideró que la aplicación de dicha norma resultaba contraria a los preceptos de la Carta Magna. En efecto, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia se expresó como se cita a continuación:

‘Como corolario de lo precedentemente expuesto, concluye este Tribunal Supremo de Justicia que resulta manifiestamente contrario a las disposiciones constitucionales tantas veces invocadas, artículos 26, 49 y 257, la previsión normativa contenida en el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil, ya que impide a los justiciables el ejercicio efectivo del contradictorio, con evidente violación al debido proceso y al derecho a la defensa, razón por la cual, en acatamiento a lo señalado en los artículos 7 de la Constitución y 20 de la Ley Adjetiva Civil, que configura el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, lo jurídicamente procedente es aplicar en los procedimientos interdictales posesorios, el ítem procesal que, conforme lo permite el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, esta jurisdicción considere más idóneo para lograr la protección del derecho de defensa en los juicios interdictales, mediante la prevención del contradictorio.’

De acuerdo a lo que expone el autor Eduardo García de Enterría ‘[l]a Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la

comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.' (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, p. 49). De la misma manera, el autor que se mencionó señala que '[l]a Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.' (ibidem).

En el ordenamiento jurídico venezolano, el principio de supremacía constitucional al que alude al autor que se refirió, se encuentra establecido en el artículo 7 del Texto Fundamental, el cual es del tenor siguiente:

'La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercer en Poder Público están sujetos a esta Constitución.'

Con el objeto de hacer efectiva la supremacía de Constitucional, el propio Texto Fundamental ha previsto diversos mecanismos de control de la constitucionalidad, entre los cuales se encuentran el control difuso y el control concentrado.

En lo que atañe al **control difuso**, el cual acogió el 334 de la Constitución, éste impone a todos los jueces la obligación de aplicar con preferencia las normas Constitucionales cuando exista una incompatibilidad entre éstas y una ley u otra norma jurídica.

El Catedrático Manuel Aragón Reyes, en alusión a los modelos de control concentrado y difuso de la constitucionalidad, opina lo siguiente:

'A diferencia del modelo norteamericano, de carácter difuso, porque el control de constitucionalidad está allí atribuido a todos los órganos judiciales, y de efectos limitados a la contienda judicial concreta, ya que, si se aprecia la inconstitucionalidad de una norma, ésta sólo resulta inaplicable al caso controvertido (...), el modelo europeo (...) se articula mediante un tribunal especial (Tribunal Constitucional) distinto de los órganos que ejercen la jurisdicción ordinaria; Tribunal al que se le atribuye el monopolio (jurisdicción concentrada) de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, dotándose, además, a esa declaración de efectos generales (erga omnes), de tal manera que, en lugar de la inaplicación al caso, la apreciación de la inconstitucionalidad de la norma supone su anulación.' (Temas Básicos de Derecho Constitucional, Civitas, Madrid, 2001, Tomo III, p. 26).

En este mismo orden de ideas, mediante sentencia del 25 de mayo de 2001 (Caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), esta Sala expresó lo siguiente:

'...el juez que ejerce el control difuso, no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución.

La declaratoria general de inconstitucionalidad de una o un conjunto de normas jurídicas (leyes), corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, ante la colisión, declara, con carácter erga omnes, la nulidad de la ley o de la norma inconstitucional. Dicha declaratoria es diferente a la desaplicación de la norma, tratándose de una decisión de nulidad que surte efectos generales (no para un proceso determinado) y contra todo el mundo. Mientras que los Tribunales de la República, incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia diferentes a la Constitucional, pueden ejercer sólo el control difuso.'

Como se desprende de la doctrina y de la sentencia que fue citada, *cuando se ejerce el control difuso de la constitucionalidad, el juez, en un caso concreto, resta eficacia a una norma jurídica por considerar que es contraria al Texto Fundamental. A diferencia de lo que ocurre en el control difuso, cuando el órgano competente realiza el control concentrado de la constitucionalidad, los efectos de sus decisiones tienen un carácter general, en el entendido de que la declaratoria de nulidad de una norma que es contraria a la Constitución, expulsa a aquélla del mundo jurídico y, esa decisión, surte efectos erga omnes.*

A esta altura, lo importante para esta Sala es destacar que, a través del control difuso de la constitucionalidad, el criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter erga omnes.

En el caso autos, como ya fue advertido, el supuesto agraviado fundamentó la violación de sus derechos constitucionales en el hecho de que el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región de los Andes no aplicó el criterio que la Sala de Casación Civil vertió en la sentencia que dictó el 21 de mayo de 2001.

Sin embargo, ello no produce violación de derechos constitucionales, pues, a pesar de que dicha Sala consideró, en un caso concreto, que el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil era inconstitucional, esa norma estaba vigente y, por tanto, quedaba a criterio del juez de instancia su aplicación o no, en el supuesto de que estimara, al igual que la Sala Civil, que su aplicación contrastara con los principios de la Carta Magna. De hecho, nótese que la Sala de Casación Civil, en la sentencia del 21 de mayo de 2001, no manifestó que el razonamiento que se siguió en ese fallo fuese vinculante para los tribunales de instancia, sino que, únicamente, exhortó a los jueces a seguirlo. En efecto, la Sala de Casación Civil expresó lo siguiente:

‘A efectos de puntualizar el procedimiento especial aquí establecido a la materia interdictal, esta Sala de Casación Civil, lo aplica al presente caso, y disponer (sic) que se aplique a los demás procesos interdictales a partir de la publicación de esta sentencia; exhortando a los jueces de instancia a observarla, para mantener la integridad de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia. Así queda establecido’. (resaltado añadido)

En unión con lo anterior, esta Sala estima necesario realizar otra consideración, la cual se expone de seguidas.

El artículo 321 del Código de Procedimiento Civil estableció lo siguiente:

‘Los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.’

Como se observa, la norma que fue citada no contiene algún imperativo legal que obligue a los jueces de instancia a seguir los criterios que la Sala de Casación Civil exprese a través de sus fallos. En este sentido, la norma en cuestión únicamente señala que los tribunales ‘procurarán’ acoger la doctrina de casación que se haya establecido en casos análogos pero, se insiste, no se trata de un imperativo legal.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ‘procurar’ significa ‘[h]acer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa.’

En tal sentido, considera esta Sala que el tribunal que expidió la sentencia que se impugnó no actuó fuera de su competencia, en los términos del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por el sólo hecho de no haber

acatado la doctrina de casación, en razón de que esta circunstancia ni siquiera materializa una violación legal y, por lo tanto, tampoco una de rango constitucional". (Resaltado añadido)

Asimismo, y en lo que atañe al procedimiento interdictal establecido en el artículo 701 del Código de Procedimiento, esta Sala en sentencia número 3650/2003, del 19.12, caso: *Dismenia González y otros*, ratificada en sentencias números 437/2004, del 22.03, caso: *Miguel Ángel Ureña Rojas y otros* y 641/2005, del 28.04, caso: *Jesús Rafael Arteaga*, estableció:

"El articulado que rige el procedimiento aplicable a los interdictos (entendido éste como un medio de protección al poseedor de un bien o derecho, frente a quien pretenda despojarlo), exige que el juez que conoce del procedimiento verifique la ocurrencia del despojo -en el caso del interdicto restitutorio- estando obligado a examinar la suficiencia de las pruebas presentadas, y a exigir del querellante la constitución de una garantía para responder de los daños y perjuicios que pudiera causar si su solicitud fuese declarada sin lugar, en cuyo caso decretaría la restitución de la posesión, o el secuestro de la cosa o derecho objeto de posesión, si la parte querellante no constituyera la garantía exigida.

De allí que, entre los requisitos que deben producirse con el libelo, aparecen la producción de pruebas suficientes que demuestren la presunción grave a favor del querellante y que permitan la aplicación de dicho procedimiento. Se trata entonces, de pruebas que demuestren la posesión y la perturbación de que fue objeto (en virtud de ser este el hecho jurídico que se discute en los juicios interdictales y no la propiedad), en aras de garantizar el derecho que posee a que se respete su posesión, sin poder, en teoría, ser perturbado o alterado en su posesión por un tercero extraño, en la situación jurídicamente aparente que posee; hasta el punto que sin ser oído el presunto perturbador, se dicta una medida restitutoria o de secuestro según sea el caso, a favor del querellante.

La presencia de esta clase de pruebas, que crean la convicción preliminar en el juez de que efectivamente se ha producido la perturbación o el despojo del querellante, se convierte en una garantía formal, y su ausencia puede alegarse y probarse por el querellado en el procedimiento previsto en el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil.

En dicho procedimiento interdictal restitutorio, la causa queda abierta a pruebas por diez (10) días, a cuya finalización las partes presentarán dentro de los tres (3) días siguientes, los alegatos que consideren pertinentes a sus intereses y derechos, debiéndose producir la sentencia respectiva dentro de los ocho (8) días siguientes. Pudiéndose observar, que no se prevén en el referido procedimiento, acto de contestación a la demanda, ni oportunidad procesal en la cual pudieran promoverse cuestiones previas, para decidir las en forma incidental, siendo ésta la ocasión para que el querellado haga uso de todas las defensas, alegatos y consideraciones que juzgue oportunas a los efectos de desvirtuar las pretensiones del querellante, incluyendo en estas omisiones o deficiencias de las cuales adolezca el escrito de la querrela; por lo que dichas alegaciones tendrán que ser esgrimidas en el lapso probatorio o posterior a él si se trata de normativas de derecho, y deberán ser resueltas como punto preliminar en la sentencia". (Subrayado añadido)

Tomando en consideración las decisiones transcritas *supra*, se colige que la sentencia N° RC-01094 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, el 20 de diciembre de 2006, es contraria a los principios jurídicos constitucionales de celeridad procesal y justicia expedita sin reposiciones inútiles de los juicios contenidos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana, reproducidos también en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto repuso la causa no obstante la ausencia de indefensión, y sin considerar que el proceso había alcanzado su fin, desaplicando su propia

doctrina en materia de nulidades procesales que prohíbe la declaratoria de la “*nulidad por la nulidad misma*”, así como las reposiciones inútiles.

Juzga además esta Sala que la sentencia de la Sala de Casación Civil que aquí se revisa se apartó también de los criterios vinculantes de esta Sala Constitucional sentados con anterioridad en relación con la interpretación de la norma 334 constitucional y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En efecto, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse ya en varias ocasiones sobre los denominados criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación que existe entre los mismos y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional, en los siguientes términos:

“En sentencia N° 956/2001 del 1° de junio, caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero, que aquí se reitera, esta Sala señaló:

‘La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho’.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso sub iudice, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la litis y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.

No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo

critério, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. sentencia n° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: Salvador de Jesús González Hernández, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho". (Resaltado añadido)"

De la revisión de las actas procesales se comprueba que la Sala de Casación Civil anuló todo lo actuado en un juicio iniciado en marzo de 1999, en el que ya se había dictado sentencia definitiva, tanto en primera como en segunda instancia, ordenando la reposición de la causa para que se sustanciara de nuevo desde su inicio, con lo cual vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los sujetos procesales involucrados en la causa, al introducir una dilación indebida en el ya retardado proceso.

En efecto, en el propio fallo objeto de revisión se señala que el 31 de enero y 2 de febrero de 2000, las partes presentaron sus escritos de promoción de pruebas, siendo admitidas por auto del 23 de febrero de ese mismo año, y que el 13 de marzo de 2000, las empresas querelladas consignaron sus escritos de alegatos, no obstante se ordenó la reposición de la causa "...al no verificarse que se haya cumplido con el contradictorio en su sustanciación...", lo cual evidencia una clara contradicción ya que, por una parte se reconoce que los sujetos procesales ejercieron plenamente su derecho a la defensa, y, no obstante, por la otra, se dispuso retrotraer la causa hasta su inicio, siendo que el juicio estaba por concluir.

Observa además esta Sala que el juicio interdictal fue tramitado de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido en el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que el mismo se sustanció y decidió, norma esta que no ha sido derogada por ninguna Ley ni declarada su inconstitucionalidad por esta Sala, única con competencia para ello, de conformidad con lo establecido en los artículos 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que no hubo subversión alguna del procedimiento ni del orden público que ameritara la casación de oficio, la declaratoria de nulidad y consecuente reposición de la causa.

De la lectura de la sentencia cuya revisión se pretende, se constata que los mencionados actos procesales tuvieron lugar antes del 22 de mayo de 2001, es decir, previamente a que la Sala de Casación Civil considerara *-por vía de control difuso de la constitucionalidad-* que el procedimiento interdictal que establece el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil es inconstitucional y mucho antes de que esa misma Sala estableciera mediante sentencia número 46/2004, del 18.02, caso: *Vidalía del Carmen Fandiño de Idima vs. Jesús Dolores Aguaje y otros* que lo decidido en su fallo número 132/2001 del 22.01, caso: *Jorge Villasmil Dávila vs. Meruvi de Venezuela C.A.* en la que se desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil, debía ser aplicado *ex tunc*, es decir, hacia el pasado y para todos los juicios interdictales, incluso los iniciados bajo la vigencia de la anterior Constitución, todo lo cual evidencia que, tal como lo adujeron los apoderados judiciales de la solicitante, la decisión objeto de revisión aplicó dichos criterios jurisprudenciales de forma retroactiva, es decir, a situaciones pasadas, acaecidas en un momento en que éstos no existían.

Por otra parte se observa que el fallo objeto de revisión realizó un errado control de la constitucionalidad, puesto que la última de las decisiones en las que se fundó obvió por completo los precedentes vinculantes de esta Sala en relación con el contenido y alcance del

control difuso de la constitucionalidad que establece el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al darle efectos generales y *ex tunc* a lo que fue decidido en un fallo dictado con anterioridad por esa misma Sala para un caso concreto como si se tratara de un juicio de nulidad por inconstitucionalidad, lo cual constituye una actuación fuera de las competencias propias de la Sala de Casación Civil, de allí que esta Sala juzga procedente la revisión solicitada. Así se decide.

Por último, en virtud de la relevancia que pudiese tener el conocimiento de esta sentencia en materia interdictal, la Sala juzga necesaria su divulgación en el foro, por lo que se ordena su publicación en el sitio web de este Tribunal.

2. *Acción de Inconstitucionalidad: Inaplicación de una norma como medida cautelar*

TSJ-SC (287)

28-2-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de varios artículos del Decreto número 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (*G.O.* N° 5.555 ext. 13-11-01).

La suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.

Como es jurisprudencia reiterada de esta Sala, la suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.

La situación normal debe ser la opuesta, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter *erga omnes*, las normas deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez. Actuar de otra forma puede ocasionar más perjuicios que ventajas, con lo que la tutela provisional puede convertirse, lejos de su verdadera justificación, en un mecanismo para desatender disposiciones sobre las que aún resta hacer el pronunciamiento definitivo.

En el caso de autos se ha solicitado la suspensión “con efectos *erga omnes*” de la aplicación de los artículos 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448 y 449 del Decreto número 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en la Gaceta Oficial número 5.555 extraordinario, del 13 de noviembre de 2001. Al respecto, la Sala observa que ha sido criterio pacífico y reiterado que, para acordar la inaplicación de una disposición normativa como medida cautelar, tiene que existir una verdadera y real justificación.

En este caso, la complejidad del asunto en debate amerita un análisis profundo de constitucionalidad acerca de la posibilidad de que mediante decretos leyes se dicten normas de carácter penal, por lo que la opinión de la Sala sobre la no aplicación de las normas cuya nulidad se solicita, mientras se resuelve el fondo de la demanda, conllevaría a un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. En consecuencia, estima esta Sala que no debe concederse la medida solicitada respecto de los artículos cuya nulidad por inconstitucionalidad se demanda. Así se decide.

3. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Inadmisibilidad: Situación jurídica irreparable*

TSJ-SC (252)

28-2-2008

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Alfredo Romero Mendoza y otros vs. Fiscal General de la República.

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en el artículo 6.3, prevé la inadmisibilidad del amparo cuando la violación del derecho o la garantía constitucional, constituya una evidente situación jurídica irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida. Juzgando que son irreparables los actos que, mediante el amparo, no puedan volver las cosas al estado que se tenía antes de la violación.

En este sentido, la Ley exige que la lesión pueda ser corregida o reparada mediante un mandamiento judicial que impida: a) que se concrete la lesión si ésta no se ha iniciado, b) si ha comenzado a cumplirse y es de efecto continuado, la suspende y c) si ya se ha cumplido, en cuanto sea posible retrotraer las cosas al estado anterior de su comienzo.

Ahora bien, en el caso de auto, resulta un hecho notorio comunicacional (*Vid.* página Web: cmr.gob.ve) que, el 22 de octubre de 2007, el Consejo Moral Republicano “En atención a lo contemplado en el artículo 279 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, designó a los 15 ciudadanos y ciudadanas del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano que recibirá los nombres y recaudos de los aspirantes a Defensor del Pueblo, Fiscal General de la República y Contralor General de la República para el período 2008-2014.

El Comité de Evaluaciones estará coordinado por el diputado Roberto Hernández, quien estará acompañado por los también diputados Earle Herrera, Saúl Ortega y Darío Vivas: la presidenta de Inamujer, María León; el fundador de Fundalatin, Guido Zuleta Ibargen; el dirigente popular Juvencio Pulgar; el ingeniero civil Domingo Alberto Rangel (hijo); el abogado especialista en derecho constitucional, Ramón Escovar León; la ex consultora jurídica del Consejo Moral, Merli Mercedes Venegas; el pastor de la iglesia evangélica, Samuel Olson; el presidente de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo, Carlos Saíz Muñoz; el asesor de la Constituyente de 1999, Frank Payares; el abogado y oficial retirado, Rafael Jiménez Dan; y la socióloga Rafaela Suárez.

Siendo ello así, desde el momento en que el Consejo Moral Republicano hizo efectiva la designación del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, dicho nombramiento generó plenos efectos con validez jurídica. En razón de lo cual la situación denunciada como infringida se hizo evidentemente irreparable, por cuanto, es imposible retrotraer la situación de hecho actual al estado anterior a las supuestas lesiones constitucionales denunciadas.

De allí que, a juicio de esta Sala, la presente acción de amparo constitucional resulta inadmisibile conforme la previsión contenida en el señalado artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se declara.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo. 242
 - Inadmisibilidad. Situación jurídica irreparable. 242
- Acción de Inconstitucionalidad. Implicación de una norma como medida cautelar. 241
- Actividad administrativa. 194
 - Potestad discrecional: Limitada. 194
- Actos Administrativos. Noción. 195
- Administración de Justicia. 178
 - Interpretación de contratos. 179
 - Nuevos criterios jurisprudenciales. 178

-C-

- Contencioso Administrativa. 206
 - Admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. 205
 - Cartel de emplazamiento. 211
 - Expediente administrativo. 208
 - Informes. 214
 - Medidas Cautelares. 209
 - Suspensión de efecto del acto administrativo. 209
 - Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Competencia. 198
 - Sentencia. Apelación. 216
- Contencioso Administrativo especial. 222
- Contencioso Administrativo funcional. 222
 - Contestación. Lapso 222
- Contencioso Administrativo Tributario. 230
 - Consultas. 230
- Control de la Constitucionalidad. Control difuso de la Constitucionalidad. 233

-D-

- Decretos Leyes. 114
- Derecho a la salud y su protección. 155
- Derecho Comunitario Andino. Aplicación. 119

- Derechos Laborales. 159
 - Derecho al salario: Salario básico. 164
 - Protección Estatal al trabajo. 159
- Derechos sociales y de las familias. 145
 - Protección del matrimonio entre un hombre y una mujer. 145

-E-

- Expropiación. 184
 - Ocupación temporal. 187
 - Procedimiento. 184

-G-

- Garantías Constitucionales. 138
 - Garantía de igualdad ante la Ley. 142
 - Garantía del debido proceso. Presunción de inocencia. 144
 - Tutela Judicial Efectiva. 138

-I-

- Impuestos Nacionales. Impuestos de importación. 191

-J-

- Juzgados Superiores Contencioso Administrativos. Actos de la Alcaldía Metropolitana. 199

-L-

- Leyes Orgánicas. Carácter orgánico. 116

-O-

- Obligación Tributaria. Sujeto pasivo. 189
- Ordenamiento Jurídico. 114

-P-

Poder Ejecutivo. 171
Poder Ejecutivo. Fuerza Armada Nacional.
171
Poder Judicial. 175
Poder Municipal. 179
- Los Municipios. Contraloría Municipal.
Autonomía. 179
Poder Público Nacional. 171
Poder Público Nacional. Régimen del
ejercicio. 171
Principios Constitucionales. Seguridad Jurídica. 132

-R-

Regulación de competencia. 180

-T-

Tribunal Supremo de Justicia. Decisiones. 175
Tutela Judicial efectiva. 138

